

**Probleme des Zusammenwirkens
mehrerer Verwaltungsbehörden
beim Erlaß eines Verwaltungsaktes**

Hermann Heitzer

=
1961

**Probleme des Zusammenwirkens
mehrerer Verwaltungsbehörden
beim Erlass eines Verwaltungsaktes**

Dissertation

vorgelegt der Facultät und Wissenschaftsrats der
Fakultät der Rechtswissenschaften
in Mainz



Hermann Heine

München 1981

**Probleme des Zusammenwirkens
mehrerer Verwaltungsbehörden
beim Erlaß eines Verwaltungsaktes**

Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz



von

Hermann Heitzer

München 1961

Referent: Professor Dr. Hubert ARMBRUSTER

Korreferent: Professor Dr. Peter SCHNEIDER

Tag der mündlichen Prüfung: 20.12.1961

Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz



von

Hermann Heiser

Mainz 1961

INHALT

Seite

1. Problemstellung 1

Die wissenschaftliche Bedeutung der Verwaltungsaktes
- "Das zusammenfassende VA" - Gang der Untersuchung

2. MITTEL: Festlegung des Themas

MEINEN LIEBEN ELTERN

3. Abgrenzung 2

1. Kapitel: IN DANKBARKEIT GEWIDMET 3

Kein Zusammenwirken bei Eltern eines Rechtsaktes
VA erschöpft sich im Einzelteil - Verfahren - Rechts-
satz, sehr Wenige und Verhältnisse - Allgemeine Überlegung
an VA - Ausweis d. d. "Zusammenfassende VA"

2. Kapitel: Die Befehlsgewalt 5

Abgrenzung: Verwaltungsakt - Befehlsgewalt

3. Kapitel: Mittelstellung - Problem auf einem konkreten VA 6

Enge Auslegung des Begriffes "Zusammenfassend" - Bei
nur Zusammenwirken auf konkreten VA

4. Kapitel: Unabhängigkeit einzelner abgrenzender Akte 7

Nur lower Zusammenfassung - Vorüberlegung eines einzelnen
VA - Hinweis auf zugehörigen VA - Bezug eines VA

4. Formen des Zusammenwirkens 7

§ 5, II und 16, II EWR - § 2, II EWR - § 4, IV GewG

- Art. XIV und IV ZAG - § 17, I EWR - § 46, I, 2 GewG -

§ 11, I EWR - § 12, I und 26 NachschG sowie § 11, I und

II DVONachschG - Bei nur VA über der Art der Verord-

nungen sowie die zum Verord. der § 3 VC über die Bege-

lung der Behandlung und Abmilderung der Verord. der

§ 3 VC über die Regelung der Behandlung - § 13 und 19 BG

§ 20, II GewG - § 17, I und IV VC zur Organisation der Ge-

wesen über die Beförderung von Personal im Lande - Zwei

Beispiele: Bismarck - Unfall der Währungsreform-Bismarck VGH

von 21. 9. 1951 - Urteil des BGR vom 10. 7. 1954 - Urteil

des BayVerfGH vom 30. 3. 1959

5. ABSCHNITT: Verwaltungsakt und verwaltungsaktähnliche Handlung

INHALT

	Seite
EINLEITUNG	
§ 1: Problemstellung	1
Die wissenschaftliche Bedeutung des Verwaltungsaktes	
- "Der zusammengesetzte VA" - Gang der Untersuchung	
I. ABSCHNITT: Festlegung des Themas	
§ 2: Abgrenzung	3
1. Kapitel: Abgrenzung VA - Rechtsatz	3
Kein Zusammenwirken bei Erlaß eines Rechtsatzes -	
VA erschöpft sich im Einzelfall - Verfahren - Recht-	
satz, sein Wesen und Verfahren - Allgemeinverfügung	
als VA - Auszuscheiden: "Mitwirkungsbedürftige VAe"	
2. Kapitel: Die Behördeneigenschaft	5
Abgrenzung: Verwaltungsbehörde - Behördenteil	
3. Kapitel: Mitwirkung im Hinblick auf einen konkreten VA	6
Enge Auslegung des Begriffes "Zusammenwirken" - Nur	
Nur Zusammenwirken auf konkreten VA	
4. Kapitel: Unabhängig voneinander ergehende Akte	7
Nur loser Zusammenhang - Vorbereitung eines späteren	
VA - Hinweis auf ergangenen VA - Folge eines VA	
§ 3: Formen des Zusammenwirkens	7
§§ 5, II und 10, II FVG - § 9, II FStrG - § 47, IV GewO	
- Art. XIV und IV ZAG - § 17, I FVG - § 49, I, 2KWG -	
§§ 11, I EWG - §§ 19, I und 20 NatSchG sowie § 14, I und	
II DVONatSchG - RdE zur VO über den Anbau an Verkehrs-	
straßen sowie RdE zum Vollzug des § 2 VO über die Rege-	
lung der Bebauung und Ministerialerlaß zum Vollzug des	
§ 2 VO über die Regelung der Bebauung - §§ 68 und 70 BO -	
§ 20, II GewO - § 9, I und IV VO zur Durchführung des Ge-	
setzes über die Beförderung von Personen zu Lande - Zwei	
Beispiele Bachofs - Urteil des Württemberg-Badischen VGH	
vom 21. 9. 1951 - Urteil des BGH vom 10. 7. 1954 - Urteil	
des BayVerfGH vom 30. 9. 1959	
II. ABSCHNITT: Verwaltungsakt und verwaltungsinterner Einzelakt	

§ 4: Vorbemerkung	13
1. Unterabschnitt: Der Verwaltungsakt	
§ 5: Der VA in Schrifttum und Rechtsprechung	13
1. Kapitel: Hinweis auf geschichtliche Entwicklung Otto Mayer - Kormann - Fleiner - Walter Jellinek	13
2. Kapitel: Legaldefinitionen § 25 MRVO 165 - § 23 Berliner VGG - Art. 61 EntwWVRO	14
3. Kapitel: Schrifttum der Gegenwart Forsthoff - Bachof - Obermayer - Berner, Ule, Menger, Eyer mann-Fröhler, Giese, Nebinger	14
4. Kapitel: Rechtsprechung der Gegenwart Urteil des OVG Münster vom 16.10.1951 - Urteil des Hessischen VGH vom 25.5.1951 und vom 28.3.1952 - Urteil des BayVG vom 2.11.1950	15
5. Kapitel: Begriffsbestimmung durch die herrschende Meinung	16
§ 6: Klärung noch strittiger Fragen	17
1. Kapitel: Art der Tätigkeit beim Erlass eines VA Hier unwesentlich Streit um Begriff der öffentl. Ver- waltung - Ausschluß verfassungsrechtlicher Tätigkeit - Auch Parlament kann VA erlassen - VO der Staatsre- gierung bei Gebietsumgliederungen ist materiell VA - Unglückliche Formulierung des § 25 MRVO 165 - Aus- übung hoheitlicher Verwaltung	17
2. Kapitel: Die erlassende Stelle Verwaltungsträger - Hinweis auf Behördeneigenschaft	19
3. Kapitel: Die rechtliche Wirkung Rechtserheblichkeit - Unmittelbarkeit - Regelung eines Einzelfalles (Allgemeinverfügung)	19
§ 7: Begriffsbestimmung des VA Begriff VA - Anwendung auf alle gleichartigen Fälle	20
2. Unterabschnitt: Der verwaltungsinterne Einzelakt	21
§ 8: Der verwaltungsinterne Akt in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung	21

VII

Keine klare Definition wie bei VA - Vielfalt der Begriffe

§ 9: Abgrenzung des Begriffes verwaltungsinterner Einzelakt	22
<u>1. Kapitel: Kritik der bisher verwendeten Begriffe</u>	22
Zu wenig weit - Öffentlich-rechtliches Abhängigkeitsver-	
hältnis nicht unbedingt erforderlich - Innerdienstlicher	
Rechtsakt Obermayers	
<u>2. Kapitel: Der Begriff Einzelakt</u>	23
Abgrenzung zu generellen verwaltungsinternen Akten -	
Individueller verwaltungsinterner Akt - Einzelakt	
<u>3. Kapitel: Der verwaltungsinterne Akt</u>	24
"Verwaltungsinternum" - Regelung im Einzelfall	
<u>4. Kapitel: Begriffsbestimmung</u>	24
Ausscheiden der verfassungsrechtlichen Handlungen -	
Unmittelbare Rechtserheblichkeit nicht in allen Fällen -	
Begriff	
§ 11: Innerdienstlicher Rechtsakt Obermayers	25
Nur für öffentlich-rechtliches Abhängigkeitsverhältnis	
- Rechtserheblichkeit von Behörde zu Behörde	

III. ABSCHNITT: Rechtsnatur der Teilakte

§ 12: Vorbemerkung	27
1. Unterabschnitt: VA und verw.int. EA im Abhängig-	
keitsverhältnis	
§ 13: Mitwirkung einer Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmung	27
<u>1. Kapitel: § 9 Absatz II FStrG</u>	27
Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung:	
Marshall: Zustimmung ist verw.int. EA -	
Ablehnung bindend - Ablehnung des Baugesuchs durch	
Baugenehmigungsbehörde	
OVG Lüneburg: Zustimmung weder VA noch Teil eines VA -	
Zustimmung ist Abgabe einer Stellungnahme - Zweck:	
Sicherstellung der Belange des Verkehrs - Keine Bindung	
an Zustimmung - Keine Freistellung von der Verantwor-	
tung für eigene Entscheidung - Keine gleichberechtigte	
Mitwirkung - Unzulässigkeit einer Klage auf Verurteilung	
zur Erklärung der Zustimmung	

- OVG Hamburg und andere: Versagung der Zustimmung ist VA - Keine bloße behördenorganisatorische Vorschrift - Unverbindliche Äußerung der Zustimmungsbehörde reicht nicht aus - Festlegung der Tatbestandsmerkmale für Versagung in § 9, III FStrG für Zustimmungsbehörde - Tatbestandswirkung der Entscheidung der Zustimmungsbehörde - VA durch Bekanntgabe
- BayVGH und VG Berlin: Beide Erklärungen bilden VA - Anfechtung beider nur gemeinsam - Verfahren nach der letzteren Erklärung
- Kritische Stellungnahme: Sicherstellung der Belange des Straßenbaus - Keine bloße Stellungnahme - Nur Entscheidung gegenüber Baubewerber - Kein Schluß im Sinne des OVG Lüneburg aus § 9, V FStrG - Keine Analogie zu § 9, VIII FStrG - Nicht zwei getrennte VAe - Endgültige Regelung durch Baugenehmigungsbehörde - Grundsatz des sozialen Rechtsstaates - Bedeutung der Kundgabefunktion - Keine Bindungslosigkeit - Einschränkung der Entscheidungsbefugnis zulässig - Keine Begrenzung des Ausmaßes der Bindung - Bindung an die Beurteilung der Erheblichkeit - Tatbestandswirkung der Entscheidung der Zustimmungsbehörde

2. Kapitel: § 57 Abs. IV GewO

36

Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung:

PrOVG; Zustimmung ist VA - Gleicher Ansicht BayVGH

Bayer. Wirtschaftsministerium: Nur VA der Kreisverwaltungsbehörde - Zustimmung ist interner Verwaltungsvorgang

Kritische Stellungnahme: Entscheidungskompetenz bei Kreisverwaltungsbehörde - Interne Willensbildung des Staates unbeachtlich - Grundsatz der Einheit der Staatsverwaltung - Allgemeine Grundsätze Obermayers - Bindung der Entscheidungsbehörde nur auf Teilgebiet - Bindung an Zustimmungsakt

3. Kapitel: Zusammenfassung

40

Entscheidungskompetenz bei unterer Verwaltungsbehörde - Bindung an Entscheidung der Zustimmungsbehörde

4. Kapitel: Weitere Beispiele

40

Art. XIV ZAG - § 11, I EWG - § 19, I NatSchG

§ 14: Nicht auf gesetzlicher Regelung beruhende Fälle des Zusammenwirkens	41
<u>1. Kapitel: Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung</u>	41
Die Fälle Bachofs: Baustoffverbot und Beschlagnahme von Flugblättern - Eingriff in Rechte Dritter - Keine Umsetzung in VA mehr nötig - Bekanntwerden genügt Runderlasse zur VO über die Regelung der Bebauung - Urteil des Württemberg-Badischen VGH - Urteil des BGH	
<u>2. Kapitel: Kritische Stellungnahme</u>	42
Baustoffverbot: Verw.int. EA - Erst Umsetzung in VA nötig - VA erst in Verbot durch angewiesene Behörde - Unwesentlich, ob Bekanntgabe - Kein Rechtsschutzbedürfnis - Angewiesene Behörde kann unter Umständen Ausführung verweigern	
Beschlagnahme von Flugblättern: Verw.int. EA - Gleichzeitige Anweisung an mehrere Behörden unerheblich - Schwierigkeiten durch mehrere Anfechtungsklagen rechtfertigen keine andere Beurteilung	
Urteil des BGH: Verw.int. EA - Keine Wirkung nach außen	
Urteil des Württemberg-Badischen VGH: Verw.int. EA - Keine Wirkung nach außen - Vollzug der Anweisung nötig	
Runderlaß zur Bauregelungs-VO: Erlasse sind Verwaltungsanweisungen - Nur Regelung des verw. internen Verfahrens - Keine Rechtsbeziehung zum Bürger	
§ 15: VAe in gleicher Richtung	46
<u>1. Kapitel: Weisungen von Staatsbehörden an Gemeinden</u>	47
Regelung in den außerbayerischen Gebieten:	
Weisungen in Selbstverwaltungsangelegenheiten sind VAe - In Auftragsangelegenheiten nur formlose Aufsichtsbeschwerde - Nur ausführende Organe des Staates	
Regelung in Bayern:	
Urteil des BayVGH vom 23.8.54: Nach Artikel 109, II BV auch bei fachaufsichtlichen Maßnahmen VA - Rechtsanspruch der Gemeinde	
Obermayer: Gemeinde immer eigenständiges Rechtssubjekt - GO von 1952 hat Doppelrolle beendet - Auch im behördlichen Instanzenzug VA - Begründung aus Artikel 118, 120 GO	

Masson: Fachaufsichtliche Maßnahmen sind VAe -
 Im Instanzenzug keine VAe - Grundlage Artikel
 1, I/ 116, I, 3 GO - Nicht Artikel 109, II GO, da
 kein subjektives Recht der Gemeinden - Verfas-
 sungsrechtliche Bedenken hinsichtlich Gleichheits-
 grundsatz

Kritische Stellungnahme: Keine Beschränkung des
 gemeindlichen Rechtsschutzes auf eigenen Wir-
 kungskreis - Im übertragenen Wirkungskreis nicht
 immer VA - Kritik an Obermayer - Kein VA bei
 Beschwerdeentscheidungen - Subjektives öffent-
 liches Recht der Gemeinden aus Artikel 109, II, 2
 GO

2. Kapitel: Allgemeine Folgerung

51

VA immer nur gegenüber eigenständigem Rechtssubjekt -
 Keine Anfechtungsklage - Formlose Aufsichtsbeschwerde
 möglich

2. Unterabschnitt: VA und verw.int. EA im Verhältnis von nichtabhängigen Behörden zu- einander und gegenüber Dritten

§ 16: § 49 Abs. I Satz 2 KWG

52

1. Kapitel: Problemstellung

52

Verwaltungsbehörden: Nur Akt der Regierung anfechtungs-
 fähig - Zustimmung kein VA

Innenministerium: Äußerung von Behörde zu Behörde -
 Überprüfung im Prozeß möglich

BayVGH: Gemeinsamer VA beider Behörden - Anfech-
 tungsverfahren richtet sich nach erlassender Be-
 hörde - Mitwirkungshandlung rechtserheblich -
 Tatbestandswirkung verwaltungsbehördlicher Ent-
 scheidungen - Notwendige Streitgenossenschaft -
 Keine Beiladung

2. Kapitel: Kritische Stellungnahme

55

Keine Aufteilung der Aufgaben bei der Entscheidung -
 Nur Sicherstellung, daß Erfahrungen der Bankenauf-
 sichtsbehörde zur Geltung kommen - Nach außen ent-
 scheidet Sparkassenaufsichtsbehörde - Entscheidung des
 Gerichts über alle materiellen Gesichtspunkte

§ 17: Mitwirkungsrechte im Naturschutzrecht	56
"Benehmen" bedeutet Zustimmung - Übereinstimmung beider Behörden nötig - Keine zwei VAe - Kein gemein- samer VA - Gleiche Rechtslage in § 19 und 20 NatSchG	
§ 18: Weitere Fälle	57
Bei "Gutachten", "Anhörung", "Erinnerung" (§ 68 und 70 BO und weitere Fälle) Entscheidungsbefugnis nur bei Erlaß- behörde - Für beteiligte Behörden nur Hinweis möglich	
2. Unterabschnitt: Gleichberechtigte Stellung zweier Behörden beim Erlaß eines VAes	
§ 19: § 5, II FVG	58
Grundsatz der "duae conformes" - Keine Behörde an An- sicht der anderen gebunden - Anders in § 12 RAnwOBrZ	
§ 20: Zusammenfassung	60
Immer maßgebend Bekundung des staatlichen Willens nach außen - VA nur durch Erlaßbehörde - Sonst nur Wirkung im Innenverhältnis - Nur in Ausnahmefällen Umschlag nach außen - Gegenüber nach- und gleich- geordneten Behörden im Regelfall innerdienstliche Maß- nahme	
IV. ABSCHNITT: Besondere Formen des Zusammenwirkens	
§ 21: Einleitung	61
1. Unterabschnitt: Zusammenwirken zwischen Land- tag und Verwaltungsbehörde	
§ 22: Aufzählung der Fälle	61
Artikel 9, II BV - Artikel 8, II LKrO - Artikel 5, III, 1 GO - Artikel 5, V, 1 GO - Urteil des BayVGh vom 30. 9. 59	
§ 23: Fälle der Gebietsumgliederungen	62
1. Kapitel: Rechtsnatur der Zustimmung des Landtags	62
Wortlaut der Bestimmungen - Obermayer: Materiell VA, formell VO - Kritik: Maßgebend nicht Form des Zustan- dekommens, wichtig materiell rechtlicher Gehalt - Schweiger: VOen im materiellen Sinn, daneben auch VAe - Kritik: Unterschied zwischen Änderung der all- gemeinen Zuständigkeitsordnung und des örtlichen Zu- ständigkeitsbereiches - Fellner: VOen im materiellen	

Sinn - Kritik: Materiell Regelung eines Einzelfalles -
 BayVGH und richtiges Ergebnis: Organisatorische VOen
 sind allgemein verbindliche Rechtsvorschriften bei
 Einrichtung neuer Behördenarten. Nicht bei Abgren-
 zung von Behördenbereichen. VA bei Eingriff in
 Gebietsbestand. VO als Form möglich. Bei VO im
 nur formellen Sinn Anfechtungsklage.

2. Kapitel: Landtag als Verwaltungsbehörde

66

Verwaltungstätigkeit: Gesetzgebungsakte sind keine Ver-
 waltungshandlungen - Auch Gesetze im formellen
 Sinn nicht - Wahl ist kein VA - Für Verfassungs-
 handlung mindestens enger Zusammenhang mit
 Verfassungstätigkeit nötig - Schlichter Parlaments-
 beschluß - Durchbrechung der Gewaltentrennung -
 Verwaltungstätigkeit des Landtags

Behördeneigenschaft: § 25 MRVO - Obermayer: Keine
 Verwaltungsbehörde - Auch Gerichte können VAE
 erlassen - § 25 Abs. II MRVO - Urteil des BayVerfGH:
 Landtag als Behörde im Sinn der Artikel 66, 120 BV
 möglich - Behörde in Artikel 66, 120 BV ist Behörde
 im Sinn dieser Arbeit

3. Kapitel: Zustimmung des Landtags als verw.int. EA

71

Staatsregierung erläßt VA - Landtag nur beteiligt -
 Aus Artikel 55 Nr. 2 Satz 1 BV kein Schluß auf Bindung
 der Verwaltung - Oberste leitende Stelle des Staates ist
 Staatsregierung - Verbindlichkeit nur, wenn in Verfas-
 sung vorgesehen, also nur in § 9, II BV

§ 24: Beschluß des Bayerischen Landtags an die Bayer. Staats-
 regierung über die Ermittlung eines neuen Verteilungs-
 schlüssels für die Mittel des sozialen Wohnungsbaus

73

VA erläßt Bewilligungsstelle - Urteil des BayVerfGH -
 Keine Bindung des Ministeriums - Aufteilung durch
 Landtag nur im Haushaltsplan

2. Unterabschnitt: Zusammenwirken von Bund und Ländern

§ 25: Vorbemerkung

75

§ 26: Artikel 84 Abs. V GG

75

§ 13, I ZHG - Bund und Länder nebengeordnet - Fall

XIII

des Artikel 83 BV - VA des Bundes nicht möglich -
"Überregionaler VA" abzulehnen - Mischverwaltung un-
zulässig - Bindung des Landes an Bund

§ 27: Artikel 85 Abs. III und IV GG 78
VA der Landesverwaltungsbehörde - Bindung des Landes
an Bund

3. Unterabschnitt: Zusammenwirken bei einer kreis- freien Stadt

§ 28: Zusammenwirken im Fall des Artikel IV ZAG 78
Artikel IV ZAG - Zwei Referate statt zwei Behörden -
"In - sich - VAe" abzulehnen - Maßgebend Eigentums-
lage

V. ABSCHNITT: Der fehlerhafte zusammengesetzte VA

1. Unterabschnitt: Mängel der Teilakte

§ 29: Vorbemerkung 80
Verw.int. EA Teil des Verfahrens des VAes

§ 30: Mängel des unmittelbar dem Bürger gegenüber ergehen-
den Aktes 81
Im wesentlichen gleiche Folgen wie bei fehlerhaftem
VA ohne Zustimmungserfordernis - Nichtigkeit nach
Grad des Fehlers - Beispiele - Im übrigen Aufhebbar-
keit

§ 31: Mängel des Mitwirkungsaktes 83

1. Kapitel: Ergehen des VAes ohne die gesetzlich vor-
geschriebene Mitwirkung der anderen Behörde 84

Erlaß des VAes trotz Versagung der Zustimmung:
Fehlen einer Verfahrensvoraussetzung - maßgebend
Fehlergrad - Nichtigkeit bei abgelehnter Zustim-
mung - Aufhebbarkeit bei fehlendem Gutachten

Erlaß des VAes ohne Zustimmung: Keine schwebende
Unwirksamkeit - Keine schwebende Wirksamkeit -
Schwerer Verfahrensmangel, daher Nichtigkeit

Heilung des Aktes: Weder Heilung ex nunc noch ex tunc -
Vergleich mit Satzung, die ohne Genehmigung
veröffentlicht wurde - Nichtiger Akt ist Nichtakt

<u>2. Kapitel:</u> Fehlende, nicht auf gesetzlicher Regelung beruhende Mitwirkung	88
VO als Grundlage: Nichtigkeit - - Maßgebend Schwere des Verstoßes	
Verwaltungsanweisung als Grundlage: Keine Nichtigkeit - - Keine Anfechtbarkeit oder Aufhebbarkeit - - Keine Wirkung nach außen	
<u>3. Kapitel:</u> Sonstige Fehler des Mitwirkungsaktes	90
Maßgebend Schwere des Verstoßes	
§ 32: Fehlen eines Mitwirkungsaktes bei gemeinsamem Erlaß von VAen	91
Nichtigkeit bei Fehlen eines Aktes - - Sonst maßgebend Schwere des Verstoßes	
2. Unterabschnitt: Rücknahme und Widerruf	
§ 33: Vorbemerkung	91
§ 34: Rücknahme und Widerruf ihrer Zustimmung durch die Mitwirkungsbehörde	92
<u>1. Kapitel:</u> Aufhebung vor Erlaß eines VAes	92
Jederzeit möglich - - Keine Wirkung nach außen - - Kein Vertrauensschutz nötig	
<u>2. Kapitel:</u> Aufhebung nach Erlaß des VAes	93
Aufhebung möglich - - Mittelbare Wirkung nach außen - - Fehler des VAes, da Zustimmung fehlt - - Rücknahme des VAes möglich - - Rechtswidriger, belastender VA rücknehmbar - - Rechtswidriger, begünstigender VA mit ex tunc Wirkung nur bei überwiegendem öffentlichem Interesse rücknehmbar, mit ex nunc Wirkung in der Regel möglich - - Widerruf fehlerfreier, belastender VAe möglich - - Widerruf fehlerfreier, begünstigender VAe in der Regel nicht möglich	
3. Unterabschnitt: Schuldhafte Nichtbeteiligung der Mitwirkungsbehörde	
§ 35: Amtshaftungsanspruch und sonstige öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche	95
Einholung der Zustimmung von Amts wegen - - Anspruch aus § 839 BGB / Artikel 34 GG - Daneben enteignungs-	

gleicher Eingriff - - Verhältnis beider Ansprüche

VI. ABSCHNITT: Verfassungsrechtliche, prozeßrechtliche und kostenrechtliche Fragen

§ 36: Verfassungsrechtliches Problem 98

Verfassungswidrigkeit der Bindung der LJV an das Gutachten der RAK in der ehemaligen BayRAnwO und der ehemaligen RAnwOBrZ - - Urteile des BayVerfGH vom 10.3.1951 und des BVerwG vom 10.5.1955 - - Entscheidung der LJV insoweit, als geprüft wird, ob gesetzliche Voraussetzungen und Ermessensspielraum eingehalten - - Bindung nur im Rahmen des unangreifbaren Ermessensspielraumes - - Bei anderen Mitwirkungshandlungen keine Verfassungswidrigkeit - - Staatsbehörde kann an Entscheidung einer anderen Staatsbehörde gebunden werden - - Auch sachlicher Unterschied: Nur im Fall der beiden Rechtsanwaltsordnungen Bindung in vollem Umfang

§ 37: Rechtsstellung von Zustimmungs- und Erlaßbehörde im Widerspruchsverfahren und im Prozeß 102

1. Kapitel: Widerspruchsverfahren 102

Angreifbar VA d. erlassenden Behörde - - Grundsätzlich Bindung d. Widerspruchsbehörde an Entscheidung d. Zustimmungsbehörde - - Ausnahmen

2. Kapitel: Streitgenossenschaft, Beiladung 103

Keine Streitgenossenschaft - - Zustimmungsbehörde ist nicht Partei - - Keine Beiladung - - Behörde in Bayern, Hessen und Baden-Württemberg nicht parteifähig - - Auch keine rechtlichen Interessen berührt - - Widerspruchsrecht soll in der Regel fremde Rechte wahren - - Überprüfung der gesamten materiellen Rechtslage durch Gericht

3. Kapitel: Vornahmeklage gegen erlassende Behörde 106

Maßgebend materielle Rechtslage, diese kann vom Gericht in vollem Umfang nachgeprüft werden - - Keine Zustimmung d. Mitwirkungsbehörde mehr nötig

§ 38: Kostenrechtliche Frage 108

Kosten trägt immer Erlaßbehörde - - Entscheidung trifft Erlaßbehörde

LITERATUR

- ANGRES, Dieter Die Rechtsnatur der Zustimmung nach § 9 Abs.2 des Bundesfernstraßengesetzes, DÖV 1958 S.75 ff
- ANSCHÜTZ, Gerhard, THOMA, Richard Handbuch des Deutschen Staatsrechts erster und zweiter Band, Tübingen 1932; zit. Anschütz-Thoma I bezw. II
- ARENDT, Karlheinz Der Parlamentarische Vorbehalt in der Praxis des Wirtschaftsrates, DRZ 1949 Seite 29 ff
- BACHOF, Otto Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 20.12.49, DÖV 1950 S.310 f
- BACHOF, Otto Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951; zit. Bachof Klage
- BACHOF, Otto Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Laforet, München 1952; zit. Bachof VA
- BAUMBACH, Adolf LAUTERBACH, Wolfgang Zivilprozeßordnung, Kurzkommentar, 25. Auflage, München und Berlin 1958; zit. Baumbach-Lauterbach
- BETTERMANN, Karl August Zur Lehre vom Folgebeseitigungsanspruch, DÖV 1955 S. 528 ff
- BÖHM, Anton Fragen des Anbaus an Bundesfernstraßen, DÖV 1958 S. 72 ff
- BUSSLER, Peter Die verfassungsmäßigen Zuständigkeiten von Landtag und Staatsregierung, Bayer.Staatszeitung 1952 Nr. 15, S. 5
- CLASEN, Heinrich Die Rechtslage bei ungenehmigten Bauten, NJW 1959 S. 752 ff
- CÜPPERS, Josef Rechtsanwaltsordnung für die britische Zone, München 1949
- CÜPPERS, Josef Das neue Zulassungsverfahren für Rechtsanwälte in der britischen Zone, NJW 1949 S. 363 ff
- DAHS Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 8.9.1953, NJW 1954 S. 526 f

XVII

- DICKMANN, Herbert Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerspruch, DÖV 1957 S. 278 ff
- DREWS, Bill, WACKE, Gerhard
Allgemeines Polizeirecht, 6. Auflage, Berlin-Köln-München 1952; zit. Drews-Wacke
- EISEMANN, Charles Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht, Jahrbuch des öffentl. Rechts n.F. 2 S. 1 ff
- EMERIG, Adolf Der Widerruf mangelhafter, begünstigender Verwaltungsakte, DVBl 1959 S. 795 ff
- ENGLERT, Ferdinand, MANG, Johann
Die Bayerische Bauordnung, Handausgabe mit Erläuterung, 11. Auflage, München 1957;
zit. Englert-Mang
- ERDSIEK Die Rechtsanwaltsordnung für die britische Zone, DRZ 1949 S. 230 f
- EYERMANN, Erich, FRÖHLER, Ludwig
Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden, Kommentar, München und Berlin 1950; zit. Eyermann-Fröhler VGG
- EYERMANN, Erich, FRÖHLER, Ludwig
Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München und Berlin 1960; zit. Eyermann-Fröhler
- FELLNER, Michael Zur Rechtsnatur der Bayerischen Organisationsakte, BayVB1 1955 S. 229 ff
- FISCHBACH, Oscar Georg Vertrauensschutz unter besonderer Berücksichtigung beamtenrechtlicher Verhältnisse, 1956
- FISCHER-DIESKAU, Joachim, PERGANDE, Hans Günther, SCHWENDER, Heinz-Werner 2. Wohnungsbaugesetz, Kommentar, Köln-Braunsfeld 1956; zit. Fischer-Dieskau
- FLEINER, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928; zit. Fleiner
- FORSTHOFF, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München und Berlin 1958
- FRIESENHAHN, Ernst Parlament und Regierung im modernen Staat, in den Veröffentlichungen deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 16 - 1958 S. 9 ff

XVIII

FRITSCH	Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 15.12.1949, DVBl 1950 S.796 f
FÜSSLEIN	Der überregionale Verwaltungsakt, DVBl 1951 S.33 ff
GERBER, Hans	Besprechung von: Richter; Die Organisationsgewalt. Verwaltungsreform und Rechtsstaat, in Archiv für öffentliches Recht n.F. 13 S.450 ff
GERNER, Erich	Zur Frage der Mischverwaltung im Verhältnis zwischen Bund und Ländern, BayVBl 1955 S.193 ff
GIESE, Friedrich	Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1948; zit. Giese VR
GOEBEL, Kurt	Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart 1953
GROEBE, Klaus	Öffentliches Sachenrecht im Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, BayVBl 1959 S.283 ff
GROEBE, Klaus	Baugenehmigung und Anbauzustimmung nach § 9 Abs.2 FStG, DVBl 1959 S.757 ff
GROETSCHER, Otto	Was bedeutet Tatbestandswirkung?, DVBl 1959 S.413
HAMANN, Andreas	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, Oldenburg 1956
HATSCHEK, Julius	Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Leipzig 1931
HAUEISEN	Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954, S.1425 ff
HAUEISEN	Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin vom 14.11.1956, DVBl 1957 S.506 ff
HAUEISEN	Zur Frage der Rücknahme fehlerhafter VAe, Kritik gegenüber Schütz, NJW 1958 S.1661 ff
HEINS, Valentin	Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.5.1955, NJW 1955 S.1530 f
HEINZE, Christian	Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten, Verw.Arch. 52.Band, 1961 S.159-174 u. S.275-304

- HEITZER, Sebastian Die Baulinienfestsetzung nach bayerischem Recht
BayVBl 1955, S. 170 ff
- HELMREICH, Karl, WIDTMANN, Julius
Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar,
München 1959; zit. Helmreich-Widtmann
- HERTEL, Gottfried Der Bauherr und der beteiligte Nachbar im Genehmigungs-
verfahren nach der Bayerischen Bauordnung,
BB 1954 S. 126 ff
- HETTLAGE, Karl Finanzpolitik und Finanzrecht. Grundsätzliche Überle-
gungen zur Neuordnung des Bundesfinanzrechts,
DÖV 1955 S. 33 ff
- HÖLZL, Josef, ROLLWAGEN, Hans
Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Kommentar,
München 1952; zit. Hölzl-Rollwagen
- HUBER, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, erster und zweiter Band,
2. Aufl., Tübingen 1953 und 1954;
zit. E.R. Huber I bzw. II
- HUBER, Hans Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in
Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburts-
tag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953 S. 59 ff;
zit. H. Huber
- JACOBI, Erwin Die Verwaltungsverordnungen, in Anschütz-Thoma II
S. 255 ff; zit. Jacobi VV
- JELLINEK, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage,
Tübingen 1919; zit. Georg Jellinek
- JELLINEK, Walter Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offenburg 1948;
zit. Jellinek
- KERN, Ernst Bundestag und Bundesregierung, MDR 1950 S. 655 ff
- KLEIN, Karl Heinz Anmerkung zum Urteil des OLG Köln v. 19. 11. 1951,
DÖV 1952 S. 285 f
- KLINGER, Hans Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
in der britischen Zone, Göttingen 1950;
zit. Klinger
- KLINGER, Hans Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Göttingen
1960; zit. Klinger VwGO

- KÖRNER, Gerhard Beteiligte Behörden im Baugenehmigungsverfahren, BayVBl 1960 S. 113 ff
- KÖTTGEN, Arnold Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl 1953 S. 485 ff
- KORMANN, Karl System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910
- KRATZER, Jakob Grundgesetz und Wirtschaftsrecht, Bayerischer Staatsanzeiger vom 19. 11. 1949, Nr. 46
- KRATZER, Jakob Die Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit der Länder, Bayerischer Staatsanzeiger vom 1. 4. 1950, Nr. 13
- KRATZER, Jakob Gemeinsamer Verwaltungsakt von Bund und Land?, BayVBl 1958 S. 74 ff
- KRATZER, Jakob Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. 7. 1958, BayVBl 1959 S. 90
- LAFORET, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937
- LANDMANN, Robert, ROHMER, Gustav, EYERMANN, Erich, FRÖHLER, Ludwig
Kommentar zur Gewerbeordnung, 11. Auflage, München-Berlin 1956; zit. Landmann-Rohmer
- LERCHE, Peter Zwischenbilanz der Klage gegen nichtige Verwaltungsakte, DÖV 1954 S. 712 ff
- LICHTENBERGER, Peter Der Rechtsweg im devisenrechtlichen Genehmigungsverfahren der Bank deutscher Länder, DNotZ 1956 S. 580 ff
- MANG, Johann Verwaltungsrecht in Bayern, Grundriß, München 1951, erster und zweiter Band; zit. Mang I bzw. II
- MANG, Johann Anmerkung zu: Heitzer, Die Baulinienfestsetzung nach bayerischem Recht, BayVBl 1955 S. 172
- MANG, Johann Zustimmung zum Urteil des OVG Hamburg vom 28. 8. 1958, BayVBl 1959 S. 82
- v. MANGOLDT, Hermann Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1953; zit. v. Mangoldt
- v. MANGOLDT, Hermann, KLEIN, Friedrich
Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1957; zit. v. Mangoldt-Klein

- MARSCHALL, Ernst Kommentar zum Bundesfernstraßengesetz, Köln und Berlin 1954
- MASSON, Christoph Änderungen im Bestand von Gemeinden - Die Rechtslage nach der neuen Bayerischen Gemeindeordnung, BB 1952 S. 150 f
- MASSON, Christoph Rechtsschutz der Gemeinden - Ein Nachteil für Gemeindebürger?, BGZ 1955 Nr. 20 S. 1 und 3
- MASSON, Christoph Der Rechtsschutz der Gemeinden im übertragenen Wirkungskreis, BayVB1 1955 S. 9 ff und 43 ff; zit. Masson
- MAUNZ, Theodor Deutsches Staatsrecht, 9. Auflage, München und Berlin 1959
- MAYER, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, erster und zweiter Band, 3. Auflage, München und Leipzig 1924; zit. Otto Mayer I bezw. II
- MENGER, Christian Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954; zit. Menger
- MENGER, Christian Friedrich Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 1958 S. 73 ff und 1959 S. 77 ff
- MÖRTEL, Georg Grenzfälle des Verwaltungsaktes, BayVB1 1956 S. 321 ff, 362 ff und 1957 S. 10 ff, S. 45 ff
- MÖRTEL, Georg Nichtveröffentlichter Vortrag vor Rechtsreferendaren in Holzhausen/Ammersee, Herbst 1959, Teil I und II; zit. Mörtel Vortrag I bezw. II
- MÖRTEL, Georg Verfassungsmäßigkeit des staatlichen Mitwirkungsrechtes bei der Baulanderschließung, BayVB1 1960 S. 145 ff
- NAWIASKY, Hans Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln 1950; zit. Nawiasky Grundgedanken
- NAWIASKY, Hans, LECHNER, Hans Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, Ergänzungsband, München 1953; zit. Nawiasky-Lechner

- NAWIASKY, Hans, LEUSSER, Claus
Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, Handkommentar, München 1948; zit. Nawiasky-Leusser
- NEBINGER, Robert
Kommentar zur Verfassung für Württemberg-Baden, Stuttgart 1948; zit. Nebinger Verfassung für Württemberg-Baden
- NEBINGER, Robert
Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart 1949; zit. Nebinger
- NEDDEN, Gerhard
Mitwirkung der Obersten Landesstraßenbaubehörde bei der Genehmigung von Bauten im Schutzbereich der Bundesfernstraßen, DÖV 1959 S. 525 ff
- OBERMAYER, Klaus
Die Rechtsverordnung im formellen Sinne im bayer. Landesrecht, DÖV 1954 S. 73 ff
- OBERMAYER, Klaus
Rechtsverordnung im formellen Sinn?, DÖV 1955 S. 364 ff
- OBERMAYER, Klaus
Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart-München-Hannover 1956; zit. Obermayer VA
- OBERMAYER, Klaus
Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden, JZ 1956 S. 625 ff
- OBERMAYER, Klaus
Anmerkung zum Urteil des OVG Lüneburg v. 10.1.1957, DVBl 1958 S. 140 ff
- OBERMAYER, Klaus
Naturschutzverordnungen und Landesstraßen- und Verkehrsordnungsgesetze, BayVBl 1958 S. 203 ff
- PETERS, Hans
Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
- PRANDL, Josef
Offene Fragen zur Landkreisordnung, BB 1953 S. 4
- RASCH, E.
Die Behörde, Verwaltungsarchiv 1959 S. 1 ff
- REITER, Bruno
Zur Rechtsnatur der Zustimmung nach § 9 Abs. 2 Bundesfernstraßengesetz, BayVBl 1959 S. 347 f
- REUSS, Hermann
Der Verwaltungsakt und seine Begründung, DVBl 1954 S. 593 ff
- RICHTER, Lutz
Die Organisationsgewalt, Verwaltungsreform und Rechtsstaat, Leipzig 1926

- ROHWER-KAHLMANN, Harry
Verfassungsrechtliche Schranken der Zustimmungsgesetze, Archiv für öffentliches Recht 79, S.208 ff
- ROSENBERG, Leo
Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Auflage, München und Berlin 1960
- SCHATTENFROH, Max
Deutsche Gemeindeordnung, München-Berlin-Leipzig 1935
- SCHÄFER, Gerhard
Der Widerruf begünstigender VAe, Marburg 1960
- SCHEUNER, Ulrich
Der Bereich der Regierung, in Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952
- SCHÜTZ, Erwin
Der Widerruf gesetzwidriger begünstigender Verwaltungsakte, DÖV 1958 S.449 ff
- SCHUNCK, Egon, DE CLERCK, Hans
Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, Siegburg und St.Goar 1952; zit. Schunck-De Clerck
- SCHWEIGER, Karl
Rechtsverordnung im formellen Sinn?, DÖV 1955 S.360 ff
- STECHER, Dieter
Fortgeltung und Bedeutung des Anbauerlasses vom 8. September 1936 und des Zustimmungserfordernisses nach Ziff.26 des Erlasses, DÖV 1960 S.374 ff
- v.STRALENHEIM
Die Befugnisse oberster Bundesbehörden zum Erlaß von Verwaltungsakten, "Die Selbstverwaltung" 1950 S.281 ff
- STÜCKRATH
Anmerkung zum Urteil des VGH Stuttgart vom 25.9.1950, DVBl 1950 S.794 f
- SÜSTERHENN, Adolf, SCHÄFER, Hans
Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1950; zit. Süsterhenn-Schäfer
- THOMA, Richard
Der Polizeibefehl im Badischen Recht, Tübingen 1906; zit. Thoma Polizeibefehl
- THOMA, Richard
Die Funktionen der Staatsgewalt, Grundbegriff und Grundsätze, in Anschütz-Thoma II S.108 ff; zit. Thoma
- THOMAS, Werner
Beseitigung eines Bauwerks wegen fehlender Zustimmung nach § 9 Abs.2 FStrG, DVBl 1959 S.763 f

- THUNECKE Die Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte in Rechtsanwaltsangelegenheiten im Geltungsbereich der britischen Zone, DVBl 1950 S. 521 ff
- v. TUREGG, Kurt Egon Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Berlin 1954
- ULE, Carl Hermann Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel, in Recht, Staat, Wirtschaft, dritter Band, Düsseldorf 1951; zit. Ule VA
- ULE, Carl Hermann Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Handkommentar, Berlin-Köln 1952; zit. Ule BVerwGG
- ULE, Carl Hermann Besprechung von Hans J. Wolffs Verwaltungsrecht I, VerwArch 1957 S. 86 ff
- ULE, Carl Hermann Verwaltungsgerichtsbarkeit Band I, zweiter Halbband, in Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Köln-Berlin 1960; zit. Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit
- VIALON, Friedrich Karl Haushaltsrecht, Berlin, 2. Auflage 1959
- WALZ, Ernst Anmerkung zum Urteil des OLG Köln v. 19.11.1951, JZ 1952 S. 223 ff
- WEINGART, Olaf Der überregionale Verwaltungsakt, BayVBl 1960 S. 175 ff
- WERNER Anmerkung zum Urteil des BayVGH vom 12.10.1951, DVBl 1952 S. 342
- WOLFF, Hans J. Fragen zur Rechtsanwaltsordnung für die britische Zone und zur Neuordnung des Anwaltsrechts, NJW 1950 S. 324 ff
- WOLFF, Hans J. Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 3. Auflage München und Berlin 1959; zit. Wolff I
- Gutachten für Staatsvereinfachung in Bayern, München 1955 (I. Teil) und München 1957 (II. Teil); zit. Staatsvereinfachung I bzw. II
- Verhandlungen des Bayerischen Landtags, IV. Tagung 1949/50 und II. Tagung 1951/52, Stenographische Berichte 1950 bis 1952
- Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, mit einem Vorwort von Hegelmaier, Stuttgart 1931; zit. EntwWVRO

ABKÜRZUNGEN

VVG	Ausführungsverordnung zum Verwaltungsgerichtsgesetz
adLVO	Badische Landesverordnung über den Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit
ayBS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts
ayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
ayRAnwO	Rechtsanwaltsordnung für Bayern
ayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
ayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
B	Bayerischer Bürgermeister
Baubl.	Bundesbaublatt
Bez. VG	Bezirksverwaltungsgericht
BBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGZ	Bayerische Gemeindezeitung
BO	Bayerische Bauordnung
BAnwO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BV	Bayerische Verfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVerwGG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DV	Deutsche Verwaltung

DVB1	Deutsche Verwaltungsblätter
DVONatSchG	Verordnung zur Durchführung des Reichsnaturschutzgesetzes
EntwWVRO	Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg
EWG	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
FVG	Gesetz über die Finanzverwaltung
GB1	Gesetzblatt
GewO	Reichsgewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
GrEstG	Grunderwerbsteuergesetz
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
JZ	Juristenzeitung
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LKrO	Landkreisordnung für den Freistaat Bayern
LJV	Landesjustizverwaltung
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRVO 165	Militärregierungsverordnung Nr. 165
NatSchG	Reichsnaturschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pr.OVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RAK	Rechtsanwaltskammer
RAnwOBrZ	Rechtsanwaltsordnung für die britische Zone
RArbBl	Reichsarbeitsblatt
RdE	Runderlaß

RGBI	Reichsgesetzblatt
RHG	Gesetz über die staatliche Rechnungs-Verwaltungs- und Wirtschaftsprüfung (Rechnungshofgesetz)
RHO	Reichshaushaltsordnung
RhpfVGG	Rheinland-Pfälzisches Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
RVBl	Reichsverwaltungsblatt
StAnz	Staatsanzeiger
StMdI	Staatsministerium des Innern
VA	Verwaltungsakt
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VwGO	Bundesverwaltungsgerichtsordnung
Verw. int. EA	Verwaltungsinterner Einzelakt
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der amerikanischen Besatzungszone Deutschlands
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGHEn. F.	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, Neue Folge
VO	Verordnung
VOBlBrZ	Verordnungsblatt für die Britische Zone
VV	Verwaltungsvorschrift
ZAG	Gesetz die Zwangsabtretung von Grundeigentum für öffentliche Zwecke betreffend
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZHG	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde
ZPO	Zivilprozeßordnung

EINLEITUNG

§ 1: Problemstellung

Seit der Einführung der Generalklausel, von der Fleiner vorausschauend sagte, daß ihr die Zukunft gehöre 1), hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihre volle Ebenbürtigkeit mit der Zivil- und Strafggerichtsbarkeit erreicht 2). Das "formelle Hauptgrundrecht" 3) des Art. 19 Abs. IV GG, zugleich eine "mittelbare verfassungsrechtliche Garantie der Generalklausel" 4), ist ein gewisser Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.

Dennoch ist gerade im öffentlichen Recht bis in die heutige Zeit sehr vieles "als ein werdendes der Pflege der Gegenwart und der Sorge der Zukunft anheimgestellt" 5). "Das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, um das sich auch heute noch Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtsprechung unablässig bemühen, bedarf noch sicherer Verankerung, angemessener Abgrenzung und von den Erfahrungen des Einzelfalles getragener Bewährung" 4). Hat das Phänomen des Verwaltungsaktes (VA) als Mittelpunkt der Beziehungen zwischen Staat und Bürger, ja der Gesamtstruktur des Rechts der Verwaltung 6), auch bis zum heutigen Tag eine gewisse (wenn auch nicht endgültige) Klärung erfahren, so darf doch nicht übersehen werden, daß auch hier noch unerschlossene Gebiete der Erforschung harren, daß der Möglichkeiten noch viele sind, "das zentrale Gebilde des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsgerichtsbarkeit ex umbris et imaginibus in das Licht und die Klarheit wissenschaftlich gesicherter Erkenntnis zu überführen" 7).

Gerade die Beteiligung mehrerer Behörden beim Zustandekommen rechtserheblicher Akte, insbes. beim Erlaß von VAen, ist bisher, abgesehen von den (meist stark bestrittenen) Lösungsversuchen einzelner, in der Praxis auftauchender Probleme, in einer umfassenden Gesamtübersicht noch nicht in ihrer Bedeutung für die allgemeine Rechtsentwicklung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts erkannt worden, was um so erstaunlicher ist, als sich auf bestimmten verwandten Gebieten - etwa der Mitwirkung des Staatsbürgers beim Erlaß von VAen, den sogenannten "Mitwirkungsbedürftigen VAen" 8) - schon seit einiger Zeit eine gefestigte, rechtsdogmatische Grundlage gebildet hat.

1) Fleiner S. 255

2) vergl. Mörtel, BayVB1 1956, S. 321

3) Bachof Klage S. 84

4) Mörtel, BayVB1 1956, S. 321

5) Fleiner S. 42

6) vergl. Eisenmann, Jahrbuch des öffentl. Rechts n.F.Bd.2, S. 17

7) Reuß, DVBl 1954, S. 593

8) So hat Clasen - NJW 1959 S. 752 - auch für das Zusammenwirken mehrerer Behörden beim Erlaß eines VAes zu diesem Begriff seine Zuflucht genommen.

Gerade der Ausdruck "Mitwirkungsbedürftige VAe" könnte im Zusammenhang mit dem hier zu behandelnden Thema zu Unklarheiten führen, weshalb in dieser Arbeit von der Verwendung dieser terminus technicus abgesehen werden soll.

Aber auch die Prägung "Gesamtakt" 1), die zu wenig das Merkmal des Verwaltungsaktes erkennen läßt, oder die Bezeichnung "Doppelverwaltungsakt" durch Kratzer 2), der, wie später noch auszuführen sein wird, mit seinem Hinweis auf zwei VAe die Rechtsnatur derartiger Akte falsch beurteilt, können nicht befriedigen. Am glücklichsten erscheint noch der Begriff "zusammengesetzter VA", den das OVG Lüneburg 3) und Groebe 4) verwenden. Er soll daher, soweit dies nötig sein wird, in dieser Arbeit Verwendung finden.

Nach einer begrifflichen Erfassung von VA und Verwaltungsinternem Einzelakt (Verw. int. EA) 5) soll, aufbauend auf diesen, das gestellte Thema anhand mehrerer Beispiele systematisch erschlossen und einer Lösung zugeführt werden.

1) Kratzer, BayVBl 1959 S. 90

2) Im übrigen müßte man dann bei der Beteiligung von drei Behörden von einem "Drillings-VA" sprechen.

3) DÖV 1958, S. 908 = DVBl 1958 S. 138

4) Groebe, DVBl S. 759

5) Über den Begriff vergl. 2. Abschnitt S. 25

I. ABSCHNITT

Festlegung des Themas.

§ 2: Abgrenzung.

Bevor auf die Behandlung des eigentlichen Themenkerns eingegangen werden kann, sollen in kurzen Zügen die Grenzen des Themas gezeigt werden. Die Weite und inhaltliche Fülle dieses Rechtsgebietes machte schon eine Beschränkung auf den VA erforderlich. Im Laufe dieses Abschnitts sollen noch weitere Einschränkungen erfolgen, um eine genauere wissenschaftliche Durchleuchtung zu gewährleisten.

1. Kapitel: Abgrenzung VA - Rechtssatz.

Daß die Wahl des Themas ein Ausscheiden der Fälle erfordert, die ein Zusammenwirken mehrerer Behörden bei Erlass eines Rechtssatzes behandeln, erscheint selbstverständlich. Nicht so eindeutig läßt sich im Einzelfall jedoch oft abgrenzen, unter welchen der beiden Begriffe - Rechtssatz oder VA - bestimmte, in der Praxis auftretende Fälle einzuordnen sind.

Es erscheint daher angebracht, einige, für die Abgrenzung dieser Gebiete erforderliche Begriffe zu klären.

1) Generelle Abgrenzung:

- a) Ohne einer späteren begrifflichen Erfassung des VAs vorgreifen zu wollen, kann generell zur Abgrenzung gegen den Rechtssatz der VA als eine für den Einzelfall gegebene, hoheitliche Maßnahme angesprochen werden, die sich im Augenblick ihres Ergehens erschöpft. Ihr Gegenstand ist die Verhängung von Maßnahmen 1), d. h. von Regelungen, die allein und ausschließlich die Gegenwart betreffen. Das schließt nicht aus, daß eine Anordnung dem Staatsbürger eine länger dauernde Verpflichtung auferlegt, vielmehr "schlägt der rechtserhebliche Funke doch nur im Zeitpunkt seines Erlasses auf den Staatsbürger über und begründet damit bereits die sich auf eine längere Zeit erstreckende Verpflichtung oder Berechtigung" 2).

Diese Wirkung für den Augenblick läßt sich deutlich auch an dem vorgeschriebenen Verfahren ablesen: Jeder Staatsbürger, der von einer Maßnahme betroffen werden soll, muß einzeln und besonders davon durch die erlassende Verwaltungsbehörde benachrichtigt werden.

- b) Bei einem Rechtssatz dagegen erfolgt die Verkündung in einem der Öffentlichkeit allgemein bekannten und zugänglichen Publikationsorgan.

Diese unterschiedliche Behandlung ist aus der Natur des Rechtssatzes ge-

1) vergl. H. Huber S. 81

2) Obermayer VA S. 77

rechtfertigt, denn "jeder Rechtssatz ist ein Teil jener umfassenden, die gesamte Rechtswirklichkeit des Staatsbürgers umspannenden Rechtsordnung, die für eine möglichst gleichmäßige und gerechte Regelung aller Lebensverhältnisse zu sorgen hat" 1). Er wendet sich "an jeden, den es angeht" und den es angehen wird 2). Er knüpft an einen bestimmten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge und ist auf eine gewisse Dauer gemünzt 3). Seine Wirkung beschränkt sich nicht auf den bei Erlass des Rechtssatzes (etwa einer Satzung) vorhandenen Personenkreis. Auch später erst in den Wirkungskreis der Satzung eintretende Personen werden von diesem Rechtssatz erfaßt 4). D. h. mit anderen Worten, daß sich der Kreis der vom Rechtssatz betroffenen Personen im Gegensatz zum VA im Augenblick des Erlasses noch nicht übersehen läßt.

2) Abgrenzung in Einzelfällen:

- a) Diese so einfach erscheinende und im allgemeinen der herrschenden Lehre entsprechende Unterscheidung läßt jedoch auch gerade im Hinblick auf die vorliegende Arbeit einige Grenzfälle aufscheinen, deren Unterordnung unter einen dieser beiden Begriffe noch immer zu Streit in Literatur und Rechtsprechung führt. Da hierauf in einem eigenen Kapitel noch eingegangen werden soll 5), genügt es, an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß etwa die Fälle der Gebietsumgliederung bei richtiger Subsumierung nur als VAe aufgefaßt werden können 6).
- b) Da der VA Gegenstand dieser Untersuchung ist, kann nicht an einer, wenigstens kurzen Behandlung der sogenannten Allgemeinverfügung vorüber gegangen werden 7), die im Streit der Meinungen lange Zeit zwischen Rechtssatz und VA schwankte. Inzwischen ist jedoch eine gewisse Klärung der Standpunkte eingetreten, so daß man von einer herrschenden Meinung sprechen kann.

Am deutlichsten wohl trat die Rechtsnatur dieser Erscheinungsform in der Definition als "Büschel von Einzelverwaltungsakten" 8) hervor. Aus dieser

1) Obermayer VA S. 76

2) vergl. Drews-Wacke S. 160

3) vergl. Thoma S. 146

4) Zu welcher schwierigen Abgrenzung dies trotz klarer begrifflicher Erfassung u. U. führen kann, dazu vergl. für den Fall der Baulinienfestsetzung im Bayer. Recht die Ausführungen von Heitzer und die Anmerkung von Mang dazu in BayVBl. 1955 S. 170 ff.

5) Siehe IV. Abschnitt S. 62 ff

6) Über weitere Grenzfälle, die nicht unmittelbar unter dieses Thema fallen, unterrichtet in vorzüglicher Weise Mörtel, BayVBl 1956 S. 321 ff, 362 ff und 1957 S. 10 ff, 45 ff

7) Vergl. auch II. Abschnitt S. 20

8) Drews-Wacke S. 104

unmittelbaren Betroffenheit mehrerer Einzelpersonen ist klar die Zugehörigkeit zum VA und die Abgrenzung zum Rechtssatz aufzuzeigen. Es genügt dabei, wenn die betroffene Personenmehrheit nur bestimmbar ist, wobei ein abstrakt bezeichneter Betroffenenkreis ausreicht, wenn sich ohne größere Schwierigkeiten feststellen läßt, wer im einzelnen darunter fällt 1). Ihre Unterordnung unter den Begriff VA zeitigt daher auch für die Allgemeinverfügung die Wirkung, daß für den Akt, der sich an die Personenmehrheit wendet, "die Rechtsverbindlichkeit im Zeitpunkt des Erlasses abschließend eintreten muß und daß eine spätere Konkretisierung aufgrund einer sich irgendwann ereignenden Tatbestandsverwirklichung nicht in Betracht kommen kann" 2).

- c) Schließlich scheiden bei der Behandlung des Themas auch die sogenannten "Mitwirkungsbedürftigen VAe" aus, unter denen die Verwaltungsrechtslehre fast 3) ausschließlich das Zusammenwirken von Bürger und Verwaltung (z.B. bei der Entlassung von Beamten auf Antrag) versteht 4). Zwar lassen sich eine Reihe der dort auftauchenden Probleme in der gleichen Weise, wie beim Zusammenwirken mehrerer Behörden lösen, eine Untersuchung darüber muß aber einer eigenen Arbeit vorbehalten bleiben.

2. Kapitel: Die Behördeneigenschaft

Wann eine Behörde vorliegt, welche unbedingten Erfordernisse und welche möglichen Teile dieser Begriff umfaßt, war schon Mittelpunkt zahlreicher und heftiger Diskussionen. Es kann davon abgesehen werden, im Rahmen dieser Arbeit auf alle Probleme, die mit dieser Begriffsbestimmung zusammenhängen, einzugehen. Es sei hier nur auf die Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen bei Obermayer 5) und besonders bei Rasch 6) hingewiesen. Auf Einzelfragen in diesem Zusammenhang soll im Laufe der Arbeit noch eingegangen werden. Im übrigen wird der Definition von Obermayer (VA S. 67) gefolgt, wonach als Verwaltungsbehörde die "Stelle eines mit Hoheitsbefugnissen ausgestatteten Rechtssubjektes, die durch eine organisatorisch-institutionelle Einheit und Selbständigkeit gekennzeichnet ist", angesehen wird. Hinsichtlich der Abweichung von der Obermayer'schen Definition, soweit sie die Ausnahme der gesetzgebenden Körperschaften betrifft, soll an anderer Stelle dieser Arbeit (IV. Abschn. S. 68 ff) näheres erläutert werden.

Hier interessiert im wesentlichen nur die Abgrenzung einer Verwaltungsbehörde von unselbständigen Behördenteilen. Auszugehen ist dabei von dem Erforder-

1) vergl. Obermayer VA S. 79

2) Obermayer VA S. 78

3) Ausgenommen Clasen, NJW 1959 S. 752

4) Vergl. auch Einleitung S. 1

5) Obermayer VA S. 62 ff

6) Rasch, Verw. Arch. 1959 S. 1 ff

nis einer organisatorisch-institutionellen Einheit der Verwaltungsbehörde 1). Dieser von E.R. Huber 2) aufgestellten Voraussetzung wird dadurch am deutlichsten entsprochen, daß die Behörde als selbständiges Ganzes in Erscheinung tritt 3), und daß ihr ein bestimmter Aufgabenbereich zur selbständigen Erledigung übertragen ist 4). Am klarsten treten diese Probleme bei großen Gemeinden mit ihren zahlreichen Referaten auf. Zwar ist diesen Referaten in der Regel auch ein bestimmter Aufgabenbereich zur Erledigung übertragen, sie treten aber nie als ein selbständiges Ganzes auf. Sie bleiben ein Teil des Stadtrates. Jeder Akt, der von ihnen ausgeht, wird der Behörde zugerechnet, der sie als Teile angehören. "Kennzeichen eines Behördenteils ist, daß der Leiter des Teils keine eigene Entscheidungsbefugnis besitzt, sondern verantwortlich der Behördenvorstand der (Gesamt-) Behörde ist" 5). Gerade in einer kreisfreien Stadt, in der die Behörde "Stadtrat" sowohl Kreis-, als auch Gemeindeaufgaben wahrzunehmen hat, spielt diese Unterscheidung eine gewichtige Rolle. Wo beispielsweise bei einer kreisangehörigen Gemeinde zwei Behörden, das Landratsamt und die Gemeinde, zum Erlaß eines VAes mitwirken, bleibt bei der kreisfreien Stadt diese Mitwirkung eine rein interne Handlung mehrerer Referate innerhalb der gleichen Behörde, so daß von einem Zusammenwirken im eigentlichen Sinn nicht mehr gesprochen werden kann 6).

3. Kapitel: Mitwirkung im Hinblick auf einen konkreten VA.

Einer Einschränkung bedarf auch der Ausdruck "Zusammenwirken" in der Überschrift dieses Themas. Bei einer weiten Auslegung dieses Begriffes müßte unter Umständen jeder VA auf einem Zusammenwirken beruhen, da aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung jeder VA einer gesetzlichen Grundlage und damit der Mitwirkung des Normengebers (etwa durch den Erlaß einer VO) bedarf. Daß hier von einer echten Mitwirkung beim Erlaß eines VAes nicht mehr gesprochen werden kann, dürfte wohl einleuchten. Um von einer Mitwirkung im Sinne dieses Themas sprechen zu können, muß ein Zusammenwirken im Hinblick auf einen konkreten VA vorliegen. Daß somit Rechtssätze als Mitwirkungsakte ausscheiden, bedarf keiner weiteren Erörterung. Daß auch die sogenannten Verwaltungsverordnungen als Zustimmungen im eigentlichen Sinn ausscheiden, wird später eingehender 7) erläutert werden. Umgekehrt muß jedoch jeder Mitwirkungsakt, der sich auf einen bestimmten VA bezieht, sei es daß er auf ein Gesetz, eine VO oder eine sonstige innerdienstliche Anweisung hin erfolgt,

1) Vergl. die Definition von Obermayer VA S. 67

2) E.R. Huber I S. 85 f

3) E.R. Huber I S. 87

4) Obermayer VA S. 66

5) Rasch, Verw. Arch. 1959 S. 18

6) Vergl. dazu auch IV. Abschnitt S. 78

7) Vergl. II. Abschn. S. 22 f

oder selbst ein gleichwertiger Bestandteil des VAes ist, in dieses Thema einbezogen werden.

4. Kapitel: Unabhängig voneinander ergehende Akte.

Schließlich sind auch Akte denkbar, die zwar in gewissem Zusammenhang mit VAen stehen, bei denen aber die auf einen bestimmten VA gerichtete Absicht fehlt. Darunter fallen zum einen Akte, die einen späteren VA überhaupt erst ermöglichen und die, wenn auch im Hinblick auf einen VA beantragt, doch von diesem völlig unabhängig ergehen. Beispielsweise sei hier die Bestätigung des Wohnsitzes genannt, weil davon eine Zuzugsgenehmigung oder die Auszahlung einer Pension abhängt 1).

Hierunter fallen die Feststellung der Gemeinnützigkeit eines Unternehmens oder der künstlerischen Bedeutung einer Aufführung mit der Folge einer ganzen oder teilweisen Befreiung von der Vergnügungssteuer 2), die Erklärung des Katasteramtes über die Zweckdienlichkeit eines Grundstücktaushes gemäß § 4 Abs. 1 Ziff. 36 GrEStG 3), die Bestätigung der unteren Verwaltungsbehörde über die Bedingung der größeren Grundfläche durch technische Gegebenheiten gemäß § 4 Abs. 2 GSW 4).

Auch fehlt ein Zusammenwirken beim Erlaß eines VAes, wenn eine Maßnahme auf einen bereits ergangenen VA hinweist, oder einen weiteren Akt zur Folge hat. So ist beispielsweise die Zwangsbeitreibung einer Gebühr, die durch einen VA schon für einen bestimmten Zeitpunkt festgesetzt war, nur mehr die Folge eines VAes, nicht aber eine Mitwirkungshandlung 5).

§ 3: Formen des Zusammenwirkens.

Ist nun eine gewisse Abgrenzung des Themas vorgenommen, so kann dazu übergegangen werden, einzelne Fälle aus Gesetzen, VOen oder sonstigen Vorschriften zu entnehmen. Es sei dabei vorausgeschickt, daß es nicht Sinn und Zweck die-

- 1) Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der gesamte Akt tatsächlich, wie Obermayer (VA S. 71 f) behauptet, ein eigener VA ist.
- 2) Vergl. § 2 Nr. 7 und § 22 Abs. 1 u. 2 der Bestimmungen über die Vergnügungssteuer vom 7. 6. 33 (RGBl I S. 351, geändert in RGBl 1934 I S. 35, RGBl 1939 I S. 2054 und RGBl 1943 I S. 74) in Verbindung mit der bayer. Ministerialbekanntmachung vom 15. 2. 1947 (StAnz. Nr. 9), sowie das dazu ergangene Urteil des Bay. VGH vom 29. 3. 51 (VGHE n. F. 4, 28 ff).
- 3) Vergl. dazu das Urteil des OVG Münster vom 9. 2. 54, DVBl 54, S. 371 ff
- 4) Vergl. auch Urteil des Bay. VGH vom 30. 12. 53, DVBl 54, S. 433 ff
- 5) Wegen der angeführten Beispiele vergl. auch Obermayer VA S. 71 f, der sie allerdings zur Begründung anderer Behauptungen verwendet.

ser Arbeit sein kann, eine umfassende Aufzählung all der Fälle zu liefern, für die eine Mitwirkung mehrerer Behörden beim Erlaß eines VAes vorgesehen ist 1). Das ist bei der unübersehbaren Gesetzesflut weder möglich, noch würde es den Zweck dieser Arbeit erfüllen. Es sollen vielmehr anhand einzelner, typischer Fälle, die für alle ihrer Art Geltung haben, Grundsätze aufgestellt werden, die es ermöglichen, jede auch erst später auftretende Form der Beteiligung nach den hier erarbeiteten Grundsätzen zu beurteilen. Daher wurde bei der nun folgenden Aufzählung derartiger Mitwirkungsfälle mehr auf Vollständigkeit in qualitativer, als quantitativer Hinsicht gesehen.

Es bestimmen im einzelnen:

1) a) § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die Finanzverwaltung (FVG) 2)

"Der Oberfinanzpräsident wird auf Vorschlag des Bundesministers der Finanzen und der für die Finanzverwaltung zuständigen Obersten Landesbehörde durch den Bundespräsidenten und die zuständige Stelle des Landes im gegenseitigen Einvernehmen ernannt und entlassen."

b) § 10 Abs. 2 FVG

"Der Leiter der Oberfinanzkasse wird durch den Oberfinanzpräsidenten auf gemeinsame Weisung des Bundesministers der Finanzen und der für die Finanzverwaltung zuständigen Obersten Landesbehörde bestellt".

2) § 9 Abs. II Bundesfernstraßengesetz (FStrG) 3)

"Im übrigen dürfen für die Errichtung oder wesentliche Änderung von Bauanlagen jeder Art längs der Bundesautobahnen in einer Entfernung bis zu 100 m und längs der Bundesstraßen bis zu 40 m, gemessen vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn, oder, wenn die Grundstücke eine unmittelbare Zufahrt erhalten, Baugenehmigungen oder nach anderen Vorschriften notwendige Genehmigungen nur mit Zustimmung der Obersten Landesstraßenbaubehörde erteilt werden."

3) § 57 Abs. IV Gewerbeordnung (GewO) a. F. 4):

"Der Wandergewerbeschein kann in den Fällen des Abs. I Ziff. 3 mit

1) Insbesondere bedauert es der Verfasser, daß eine Behandlung der Fälle des Bundesbaugesetzes nicht mehr möglich war, da dieses Gesetz erst nach Fertigstellung der Arbeit erschienen ist.

2) vom 6. 9. 1950 (BGBl. S. 448)

3) vom 6. 8. 1953 (BGBl. I S. 903)

4) Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. 6. 1869 in der Fassung vom 29. 9. 1953, BGBl. I S. 1459. Trotz der inzwischen erfolgten Änderung des § 57, IV GewO durch das 4. Änderungsgesetz zur GewO vom 5. 2. 1960 erschien angesichts der Beachtung, die diese Regelung in Literatur und Rechtsprechung schon früher gefunden hat, eine Aufnahme in diese Arbeit gerechtfertigt.

Zustimmung der Obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Behörde vor Ablauf der dreijährigen Frist erteilt werden, wenn die Versagung nach den besonderen Umständen des Falles eine unbillige Härte bedeuten würde."

- 4) Art. XIV des Gesetzes die Zwangsabtretung von Grundeigentum für öffentliche Zwecke betreffend (ZAG) 1):

"Die Kreisverwaltungsbehörde erhält die Weisung der Regierung zur Einleitung und Durchführung des Zwangsabtretungsverfahrens ..."

Art. IV ZAG:

"Die Entwehrung kann unter den Voraussetzungen des Art. I in Anspruch genommen werden:

1)

2) von Gemeinden.

Jeder Antrag auf Zwangsabtretung ist mit den erforderlichen Unterlagen bei der Kreisverwaltungsbehörde einzureichen."

- 5) § 17 Abs. I FVG:

"Soweit Gemeindebehörden oder andere Behörden einzelne Arten von Geschäften der Hauptzollämter übernehmen, haben sie den Weisungen der Bundesfinanzbehörden zu folgen."

- 6) § 49 Abs. I Satz 2 des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) 2):

"Die Erlaubnis gemäß § 3 darf von der Aufsichtsbehörde nur im Einvernehmen mit der nunmehr statt des Reichswirtschaftsministers zuständigen Stelle erteilt werden."

- 7) § 11 Abs. I des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft (EWG) 3):

"Soweit für Zwecke der öffentlichen Energieversorgung die Entziehung oder die Beschränkung von Grundeigentum oder Rechten am Grundeigentum im Wege der Enteignung erforderlich wird, stellt der Reichswirtschaftsminister die Zulässigkeit der Enteignung fest."

- 8) a) § 19 Abs. I des Reichsnaturschutzgesetzes (NatSchG) 4):

"Die oberste und mit ihrer Ermächtigung die höhere oder untere Naturschutzbehörde kann im Benehmen mit den beteiligten Behörden Anordnungen im Sinne des § 5 treffen."

1) vom 17. 11. 1837 (BayBS I S. 203)

2) vom 25. 9. 1939 (RGBl I S. 1955, geändert durch die VOen v. 23. 7. 1940, RGBl I S. 1047 u. v. 18. 9. 1944, RGBl I S. 211)

3) vom 13. 12. 1935 (RGBl I S. 1451)

4) vom 26. 6. 1935 (RGBl I S. 821, abgeändert durch Gesetz vom 29. 9. 1935, RGBl I S. 1191, vom 1. 12. 1936, RGBl I S. 986, 1001 u. vom 20. 1. 1938, RGBl I S. 36)

b) § 20 NatSchG:

"Alle Staats- und Kommunalbehörden sind verpflichtet, vor Genehmigung von Maßnahmen oder Planungen, die zu wesentlichen Veränderungen der freien Landschaft führen können, die zuständigen Naturschutzbehörden rechtzeitig zu beteiligen."

Dazu bestimmt die VO zur Durchführung des Reichsnaturschutzgesetzes (DVO NatSchG) 1) in

§ 14 Abs. I: "Die im Gesetz vorgeschriebene Beteiligung der Naturschutzbehörde hat stets so zeitig zu geschehen, daß den Belangen des Naturschutzes Rechnung getragen werden kann."

Abs. II: "Wird eine Einigung unter den Beteiligten nicht erzielt, so entscheidet die zuständige oberste (Reichs-) Behörde im Benehmen mit der obersten Naturschutzbehörde."

9) a) Der Runderlaß zur VO über die Regelung der Bebauung vom 8. 9. 1936 2), über den Anbau an Verkehrsstraßen:

"Vor Erteilung einer Ausnahme sind die Bauanträge von der Baugenehmigungsbehörde der höheren Verwaltungsbehörde zur Zustimmung vorzulegen. In Zweifelsfällen soll die Verkehrspolizeibehörde gehört werden."

b) Der Runderlaß des Reichsarbeitsministers vom 19. 2. 1936 3) zum Vollzug des § 3 der VO über die Regelung der Bebauung vom 15. 2. 1936 4):

"Um eine einheitliche Durchführung innerhalb größerer Verwaltungsbzirkel zu gewährleisten, haben die Aufsichtsbehörden die Handhabung der Vorschrift des § 3 sorgfältig zu überwachen. In Gebieten mit starker baulicher Entwicklung wird es erforderlich sein, die den Entscheidungen nach § 3 zugrunde zu legenden Gesichtspunkte darzulegen und die Baugenehmigungsbehörden mit Weisungen darüber zu versehen, inwieweit besondere Planungen (Wirtschaftspläne u. dgl.) für die Entscheidung zu berücksichtigen sind."

c) Mit Ministerialerlaß vom 23. 7. 1940 5) zum Vollzug des § 3 der VO über die Regelung der Bebauung vom 15. 2. 1936 wurden die unteren Baubehörden angewiesen, ein Gutachten der Ortsplanungsstelle herbeizuführen, wenn bauliche Anlagen außerhalb von Baugebieten

1) vom 31. 10. 1935 (RGBI I S. 1275, abgeändert durch das Gesetz vom 1. 12. 1936, RGBI I S. 986, VO vom 16. 9. 1938, RGBI I S. 1148 und VO vom 6. 8. 1943, RGBI I S. 481)

2) IV c 3 Nr. 6170/37 (RARbBl Nr. 27 S. 261; abgedruckt in Englert-Mang S. 529 ff)

3) RARbBl I S. 42; abgedruckt in Englert-Mang S. 525

4) RGBI I S. 104

5) Abgedruckt in Englert-Mang S. 526

oder, soweit solche Baugebiete nicht ausgewiesen sind, außerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteiles ausgeführt werden sollen.

10) a) § 68 Bayer. Bauordnung (BO) 1):

"Bei folgenden Bauführungen sind die betreffenden Behörden unter Mitteilung der Pläne mit ihren Erinnerungen zu hören, wenn nicht die Zustimmung dieser Behörden schon von den Gesuchstellern beigebracht wird:" "

b) § 70 BO:

"Bei allen Baugesuchen, bei welchen es sich um gesundheitspolizeiliche Fragen handelt, ist vor der Sachbescheidung das Gutachten der einschlägigen Medizinalbehörde einzuholen."

11) § 30 Abs. II GewO:

"Vor Erteilung der Konzession (für Privatkranken -, Privatentbindungs- und Privatirrenanstalten) sind über die Fragen zu c und d die Ortspolizei- und die Gemeindebehörden zu hören."

12) § 9 der VO zur Durchführung des Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande 2):

Abs. I: "Vor der Entscheidung über den Antrag auf Erteilung der Genehmigung sind zu hören:" "

Abs. IV: "Der Anhörung der in Absatz I bezeichneten Stellen bedarf es nicht, wenn die Genehmigungsbehörde aus eigener Kenntnis der Sachlage dem Antrag nicht entsprechen will, oder der Antragsteller nachweist, daß alle Beteiligten mit seinem Unternehmen einverstanden sind."

13) Bachof 3) führt zwei Fälle aus der Praxis an:

- a) Ein Ministerium hatte die nachgeordneten Baubehörden angewiesen, den Baustoff einer gewissen Firma wegen seiner angeblichen Feuergefährlichkeit nicht zuzulassen.
- b) Ein Innenministerium hatte eine Weisung an alle Polizeidienststellen erlassen, sämtliche auftauchenden Flugblätter einer bestimmten Person oder Personengruppe zu beschlagnahmen.

14) Der Württemberg-Badische VGH hatte sich in seinem Urteil vom 21. 9. 1951 4) mit der Rechtsnatur einer von einem Oberversicherungsamt an die Vorsitzenden der Spruchkammern gerichteten Dienstanweisung zu befassen, die die Heran-

1) vom 17. 2. 1901 i. d. Fassung vom 15. 11. 1954, GVBl S. 310

2) vom 26. 3. 1935, RGBl S. 473

3) Bachof VA S. 308 u. 311

4) VerwRSpr Band 4 Nr. 182, S. 840 ff

ziehung bestimmter Gutachter untersagte.

15) In einem Urteil vom 10.7.1954 1) hatte der BGH sich mit einer Dienstanweisung einer staatlichen Baubehörde an gleich- und nachgeordnete Behörden zu befassen gehabt, in der empfohlen wurde, eine bestimmte Firma, die aufgrund ihres bisherigen Verhaltens nicht mehr die Voraussetzungen erfülle, die in der Verdingungsordnung für Bauleistungen gefordert werde, nicht mehr bei der Vergabe von Bauaufträgen zu berücksichtigen.

16) Der Bay. VerGHof hatte sich in seinem Urteil vom 30.9.1959 2) mit folgendem Fall zu befassen:

Das Bayer. Staatsministerium des Innern, das nach dem Wohnungsbaugesetz vom 24.4.1950 3) u. a. die Aufgabe hatte, den Schlüssel festzulegen, nach welchem die Wohnungsbaumittel auf die einzelnen Bewilligungsstellen zu verteilen waren, sicherte sich wegen der Bedeutung dieses Verteilungsschlüssels dazu das Einverständnis des Landtags.

In seiner Sitzung vom 17.5.1950 4) beschloß der Landtag, daß die Verteilung der Mittel für den sozialen Wohnungs- und Siedlungsbau nach dem Schlüssel 4 : 3 : 3 : 0 zu erfolgen habe.

Diesen Schlüssel wandte die Oberste Baubehörde in den folgenden Jahren auch an.

1) NJW 1954 S.1486 f

2) VGHE n.F. 12, S.119 ff

3) BGBI I S.83

4) Verhandlung des Bayer. Landtags IV. Tagung 1949/50, Stenographische Berichte 1950 Band VI S.455, Beilage 3816

II. ABSCHNITT

Verwaltungsakt und Verwaltungsinterner Einzelakt.

§ 4: Vorbemerkung.

Eine Betrachtung der Probleme, die durch das Zusammenwirken mehrerer Behörden entstehen, kann nur dann zu einem befriedigenden Erfolg führen, wenn sowohl für den VA, als auch für den Verw.int.EA - denn nur um derartige Akte kann es sich handeln, wenn Rechtssetzungsakte ausscheiden - sichere qualitative Merkmale gefunden werden, die in jedem Falle eine rechtsdogmatisch einwandfreie Zuordnung der fraglichen Akte gewährleisten. Auf die dabei auftauchenden umfangreichen Fragen, insbesondere zur Lehre vom VA, kann jedoch nur soweit näher eingegangen werden, als sie zur Lösung der eigentlichen Probleme der Arbeit beitragen.

1. UNTERABSCHNITT

Der Verwaltungsakt

§ 5: Der VA in Schrifttum und Rechtsprechung

1. Kapitel: Hinweis auf geschichtliche Entwicklung

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die geschichtliche Entwicklung des Begriffes VA oder dessen, was man darunter verstand, darzustellen 1). Es kann hier nur ein kleiner Hinweis auf die wichtigsten Lehrmeinungen gegeben werden, die in der Vergangenheit maßgebend waren:

So etwa auf Otto Mayer, "der dem VA erstmals einen festen Platz in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft verschaffte" 2) und der im VA "einen der Verwaltung zugehörigen, obrigkeitlichen Ausspruch, der dem Untertan im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll" 3) sah, auf Kormann 4) ("Rechtsgeschäftlicher Staatsakt"), Fleiner 5) ("Eine mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene, auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Handlung einer Verwaltungsbehörde") und Walter Jellinek 6) ("Einer bestimmten Person gegenüber vorgenommene, obrigkeitliche Willensäußerung innerhalb der Verwaltung"). Die Begriffe aus dieser Zeit haben sich durch die Weiterentwicklung des öffentlichen Rechts, insbesondere seit Einführung der Generalklausel und ihrer verfassungsmäßigen Verankerung, wesentlich geändert,

1) Eine Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen gibt der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg (EntwWVRO) in der Einleitung zum 4. Abschnitt (S.207 ff). Vergl. im übrigen auch Bachof Klage S.21, Menger S.100 ff, Obermayer VA S.28 ff

2) Obermayer VA S.28

3) Otto Mayer I S.93

4) Kormann, im Titel seiner Schrift

5) Fleiner S.183

6) Jellinek S.246

so daß maßgebend für eine Bestimmung des VAes in unserer Zeit nur die geltende Rechtsordnung sein kann, also Vorschriften in geltenden Gesetzen oder der Begriff, wie ihn Rechtsprechung und Schrifttum in der neuesten Zeit entwickelt haben.

2. Kapitel: Legaldefinitionen

Zwar ist der Begriff VA in mehreren Gesetzen der Bundesrepublik oder der Länder enthalten 1), insbesondere auch in § 42 der neuen Bundesverwaltungsgerichtsordnung (VwGO), für eine Klärung des Wesens dieses Begriffes im Rahmen der heutigen Rechtsprechung können jedoch nur zwei Legaldefinitionen herangezogen werden, die den VA zu bestimmen versuchen, nämlich § 25 der Militärregierungsverordnung 165 und § 23 des ehemaligen Berliner Verwaltungsgerichtsgesetzes. Darüber hinaus ist noch Artikel 61 des von Hegelmaier im Jahre 1931 herausgegebenen EntwWVRO zu erwähnen.

1) § 25 MRVO 165, der inhaltlich mit § 23 des ehemaligen Berliner VGG übereinstimmt, hat folgenden Wortlaut: 2)

"Verwaltungsakt im Sinne dieser Verordnung ist jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird. Ausgenommen sind Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Zivilprozesses, des Strafprozesses einschließlich des Strafvollzugs, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Entnazifizierungsverfahrens."

2) Der EntwWVRO bestimmte in seinem Artikel 61:

"Verwaltungsakte im Sinne dieses Gesetzes sind die von einer Verwaltungsbehörde in Ausübung der öffentlichen Gewalt zur Ordnung bestimmter Verhältnisse im Einzelfall erlassenen Verfügungen und Entscheidungen. Ausgenommen sind jedoch Verfügungen und Entscheidungen innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses (Dienstgewalt, Anstaltsgewalt)". 3)

Dieser Entwurf hat, obwohl nie Gesetz geworden, auf die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts, insbesondere aber auf die Entwicklung in Württemberg, großen Einfluß genommen.

Eine für das gesamte Bundesgebiet gültige Legaldefinition existiert auch nach dem Erlass der VwGO nicht.

3. Kapitel: Schrifttum der Gegenwart

Die "Regelung des Einzelfalles" steht bei den Begriffsbestimmungen des VA im neuzeitlichen Schrifttum ebenfalls im Vordergrund.

1) Nach FORSTHOFF ist der VA" auf einen besonderen, konkreten Einzelfall ge-

1) Vergl. § 15 Abs. I des ehemaligen Rheinland-Pfälzischen VGG oder § 22 Satz 1 des ehemaligen Bayer. VGG

2) Diese Legaldefinition wird von der VwGO vom 21.1.1960 vorausgesetzt (vergl. Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, IV 1a, S. 112 und Klinger VwGO S. 153)

3) EntwWVRO S. 21 f

richtet, den er regelt oder gestaltet" 1). Zu den Verwaltungsakten gehören nach ihm "alle einseitigen, hoheitlichen Akte der Verwaltungsbehörden, von welchen eine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht, mit Ausnahme der Rechtsetzung und der Rechtsprechung" 2).

- 2) BACHOF macht einen Unterschied zwischen dem VA im Sinn der süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetze als einer "obrigkeitlichen, rechtserheblichen, zur Regelung eines Einzelfalles oder einer von vornherein bestimmbar Zahl von Fällen ergehenden Tätigkeit" 3) und dem VA im Sinne der MRVO 165, den er weiter faßt, da er auch "Willensäußerungen nichtobrigkeitlicher Natur, insbesondere auf dem Gebiet der schlichten Hoheitsverwaltung" 4) darin einschließt.
- 3) Wohl am ausführlichsten mit dem Problem einer Definition des VAes hat sich OBERMAYER befaßt. Aufgrund der von ihm herausgebildeten Wesensmerkmale will er den VA verstanden wissen als "eine Handlung, die erlassen wird von einer Verwaltungsbehörde bei Betätigung hoheitlicher Verwaltung mit unmittelbar rechtserheblicher Wirkung gegenüber einem zumindest bestimmbar Personenkreis, außerhalb der Gerichtsbarkeit und der Rechtsprechung im formellen Sinn" 5).
- 4) Daneben sind für eine Begriffsbestimmung noch von Bedeutung die Definitionen von BERNER 6), ULE 7), MENGER 8), EYERMANN-FRÖHLER 9), GIESE 10), NEBINGER 11).

Neben diesen wohl bedeutendsten Vertretern, die in der Gegenwart das Problem des VA behandelt haben, sei zur Ergänzung noch auf die Aufzählungen bei Menger 12) sowie Obermayer 13) verwiesen.

4. Kapitel: Rechtsprechung der Gegenwart

§ 25 MRVO 165 bezw. § 23 des ehemaligen Berliner VGG sind die Grundlagen für fast alle Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, die sich mit dem Problem des VA befassen. Darüber hinaus hat das OVG Münster auf die Frage der Regelung eines Einzelfalles in einem Urteil 14) darauf hingewiesen, daß bei einer Regelung

- 1) Forsthoff S. 184
- 2) Forsthoff S. 189
- 3) Bachof Klage S. 21
- 4) Bachof Klage S. 35
- 5) Obermayer VA S. 82 f
- 6) In Mang I S. 103
- 7) Ule VA S. 263
- 8) Menger S. 109 f
- 9) Eyermann-Fröhler S. 164
- 10) Giese VR S. 86
- 11) Nebinger S. 197
- 12) Menger S. 101 Anmerk. 16
- 13) Obermayer VA S. 34
- 14) Urteil vom 16. 10. 1951, VerwRspr Band 4 Nr. 165, S. 772 ff

eines Einzelfalles die Behörde in einem Überordnungsverhältnis zum Bürger stehen müsse, und daß eine Überordnung dann vorliege, wenn der Ausspruch der Behörde eine für den Empfänger potentiell verbindliche Entscheidung zur Sache enthalte. Aus der Flut der Entscheidungen, die außerhalb des Geltungsbereiches der MRVO 165 ergingen und die sachlich den gleichen Standpunkt einnehmen, die also, wenn auch nicht *expressis verbis*, den gleichen Begriff verwenden, sollen nur einige wenige herausgegriffen werden.

Der Hessische VGH bezeichnete in einem Fall VAe als "Akte der Verwaltungsbehörden, die im Einzelfall öffentlich rechtliche Beziehungen zwischen dem Bürger und der öffentlichen Körperschaft herstellen, beenden oder verändern" 1).

In einem weiteren Falle bezeichnete das gleiche Gericht einen VA als "die eine Rechtsnorm vollziehende, mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene, einen Einzelfall regelnde Handlung einer Verwaltungsbehörde, die an eine bestimmte Einzelperson oder an einen jeweils bestimmbaren Kreis von Einzelpersonen gerichtet ist" 2).

Der Bayer. VGH entschied in einem Urteil 3), daß "mit der für die britische Zone durch § 25 MRVO 165 getroffenen Regelung insofern Übereinstimmung besteht, als auch die Verwaltungsgerichte der amerikanischen Zone nur Maßnahmen zur Regelung von Einzelfällen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts als VAe im Sinne der §§ 22, 35 VGG betrachten und behandeln".

5. Kapitel: Begriffsbestimmung durch die herrschende Meinung

Vergleicht man die verschiedenen Begriffsbestimmungen in Schrifttum und Rechtsprechung, so können einige gemeinsame Merkmale gefunden werden, die es erleichtern, eine gewisse Übereinstimmung über die Hauptmerkmale eines VAes zu gewinnen.

Danach kann gesagt werden, daß grundsätzlich die Regelung eines Einzelfalles oder einer wenigstens bestimmbaren Personen- oder Sachmehrheit als Voraussetzung für einen VA angesehen wird 4). Als erlassende Stelle kommt übereinstimmend nur ein Träger hoheitlicher Verwaltung in Frage. Da jedoch über einige Voraussetzungen, etwa über die Frage, ob der Akt von einer Behörde erlassen werden muß, oder wie "die Regelung eines Einzelfalles" aufgefaßt werden soll, noch weitgehend Unklarheiten bestehen, sind diese großenteils übereinstimmenden Merkmale doch zu vage, um für eine abschließende Definition Verwendung finden zu können. Um später die verschiedenen Mitwirkungshandlungen von Verwaltungsbehörden bei Erlass eines VAes genau nach ihrem Inhalt festlegen zu können, ist es nicht zu umgehen, eine genauere Begriffsbestimmung zu finden. Der

1) Urteil vom 25.5.1951, VerwRspr Band 4 Nr.24, S.110 ff

2) Urteil vom 28.3.1952, VerwRspr Band 5 Nr.109, S.502 ff

3) Urteil vom 2.11.1950, Nr.8 III 49

4) Wohl als Gegensatz zur Rechtsetzung, denn diese wird mit der Rechtsprechung in der Regel ausgenommen.

Verfasser kann sich auch nicht entschließen, eine der angeführten gesetzlichen oder von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Begriffe ohne Abzüge zu übernehmen, so nahe an eine ideale Lösung auch manche Umschreibungen des VAes, insbesondere auch diejenige von Obermayer, kommen mögen. Wenn im folgenden bei der Behandlung des VAes und der verwaltungsinternen Maßnahmen weitgehend der Einteilung gefolgt wird, wie sie Obermayer in "Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt" getroffen hat, so weniger aus dem Grunde, weil der Verfasser sich etwa voll den darin geäußerten Gedankengängen anschliesse, sondern deshalb, weil die dort getroffene Einteilung die gründlichste und vor allem systematischste Aufteilung des Problems ermöglicht.

§ 6: Klärung noch strittiger Fragen

1. Kapitel: Art der Tätigkeit bei Erlass eines VAes

- 1) Bei der Bestimmung der Tätigkeit, die beim Erlass eines VAes ausgeübt wird, kann es für die Behandlung des gestellten Themas unerörtert bleiben, wie der Begriff der öffentlichen Verwaltung streng dogmatisch auszulegen ist, da in dieser Hinsicht beim Zusammenwirken mehrerer Behörden keine besonderen Probleme auftauchen. Es macht für die Beurteilung derartiger Handlungen keinen Unterschied, ob man die allgemein vorgenommene Abgrenzung im negativen gegenüber der Gesetzgebung und Rechtsprechung 1) als richtig ansieht, ob man der Definition Obermayers folgt, demzufolge der VA als "eine besondere Erscheinungsform der vollziehenden Gewalt (im weiteren Sinne) neben dem richterlichen Akt dem Vollzug der Rechtsordnung für den Einzelfall zu dienen hat, wobei er Rechte begründet, ändert oder aufhebt oder das Bestehen, bezw. Nichtbestehen von Rechten feststellt" 2), oder ob man die wohl zu ungenauen Begriffsbestimmungen Forsthoffs 3) oder Gieses 4) heranzieht 5).
- 2) Von Bedeutung für das gestellte Thema ist dagegen die Frage nach dem Ausschluß verfassungsrechtlicher Tätigkeit und die Abgrenzung dieser verfassungsrechtlichen Tätigkeit von der Verwaltung. Da diese Abgrenzung noch große Bedeutung für das Problem des Zusammenwirkens zwischen Landtag und Verwaltungsbehörde hat, soll eine Untersuchung hierüber erst später erfolgen 6). Es sei nur kurz darauf hingewiesen, daß auch parlamentarische Körperschaften auf dem Gebiete der Verwaltung auftreten können und dann genauso zu behandeln sind, wie jede andere Verwaltungsbehörde.
- 3) Gleiches gilt für die Frage, ob bei den sogenannten "Gebietsumgliederungen" nach Artikel 9 Abs. 2 BV, Art. 8 Abs. 2 LKRö, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GO und Art. 5

1) vergl. Thoma S. 109 und 133, Fleiner S. 4, Jellinek S. 6

2) Obermayer VA S. 48

3) Forsthoff S. 6

4) Giese VR S. 14

5) vergl. dazu auch Obermayer VA S. 46 f

6) vergl. IV. Abschnitt S. 66 ff

Abs. 4 Satz 1 GO in der "Rechtsverordnung der Staatsregierung" ein Rechtsatz, oder aber entgegen der Bezeichnung ein VA enthalten ist. Auch diese Frage soll in einem späteren Zusammenhang 1) behandelt werden. Auch hier kann nur kurz darauf hingewiesen werden, daß diese VO materiell als VA zu beurteilen ist.

- 4) Zu einiger Verwirrung hat die Formulierung des § 25 MRVO 165 geführt, wonach vom VA-Begriff ausgenommen sind "die Verwaltungsakte auf dem Gebiete des Zivilprozesses, des Strafprozesses einschließlich des Strafvollzugs, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Entnazifizierungsverfahrens". Jedoch kann hier davon ausgegangen werden, daß mit dieser Formulierung nicht Verwaltungsakte nach unserer strengen Auffassung, sondern nur Akte gemeint waren, die "in Ausübung der Gerichtsbarkeit erlassen werden" 2) 3).
- 5) Schließlich muß es sich bei der beim Erlaß eines VAes vorgenommenen Tätigkeit um die Ausübung hoheitlicher Verwaltung handeln.

Berner 4) versteht unter Hoheitsverwaltung ein Handeln, das auf der "Überordnung der öffentlichen Gewalt über den einzelnen Rechtsunterworfenen" beruht.

Entgegen Bachof 5) steht die heute herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß nur ein mit hoheitlicher Autorität erlassener Akt als VA zu beurteilen ist. Das kommt nach Menger 6) implicite in den Worten des Gesetzgebers "zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts" zum Ausdruck. Dabei genügt nach Obermayer "allein die Bezeugung öffentlicher Macht, die Berufung auf obrigkeitliche Macht, um eine Maßnahme als hoheitlich zu bewerten, ohne daß es von Bedeutung ist, ob das öffentliche Recht für ihren Erlaß im Wege hoheitlichen Handelns auch wirklich eine Möglichkeit bietet" 7). Nichthoheitliche Handlungen sind demnach alle "fiskalischen" 8) Handlungen 9), sowie Rechtsbeziehungen, die ein öffentlich-rechtlicher Verband mit einer anderen Person aufgrund öffentlich-rechtlicher Partnerschaft unterhält 10).

1) vergl. IV. Abschnitt S. 62 ff

2) Klinger S. 196 Anmerk. 147 a

3) vergl. zu diesem Problem vor allem die ausführlichen Darstellungen von Obermayer VA S. 50 ff

4) In Mang I S. 12; vergl. auch Jellinek S. 21 und Obermayer VA S. 56

5) Der VA-Begriff im Sinn der MRVO 165 sei auch auf nichtobrigkeitliche Maßnahmen zu erstrecken; siehe Bachof Klage S. 35

6) Menger S. 101

7) Obermayer VA S. 57

8) Über den Begriff vergl. Jellinek S. 24 ff

9) Im Gegensatz dazu stehen die "privatrechtsgestaltenden VAe"; vergl. dazu Obermayer VA S. 58 und die dort zitierte Literatur

10) vergl. Obermayer VA S. 58 und die dort aufgezählten Fälle.

2. Kapitel: Die erlassende Stelle

- 1) Der öffentlich-rechtliche Status einer juristischen Person verleiht nicht von selbst die Befugnis zum Erlaß eines VA. Es muß hinzukommen, daß diese juristische Person des öffentlichen Rechts auch die Eigenschaft eines Verwaltungsträgers besitzt. Diese Befugnis kann kraft eigenen Rechtes bestehen oder durch Rechtsatz oder Gewohnheitsrecht übertragen worden sein 1). Aber nicht nur juristische Personen des öffentlichen Rechts, auch sogenannte "beliehene Unternehmer" 2) können Stellen mit hoheitlicher Autorität sein 3).
- 2) Wegen der Behördeneigenschaft der einen VA erlassenden Stelle und der damit zusammenhängenden Probleme sei auf den ersten Abschnitt (Seite 5 f) verwiesen.

3. Kapitel: Die rechtliche Wirkung

- 1) Das betroffene Rechtssubjekt muß durch die Handlung rechtserheblich angesprochen werden. Rechtserheblich sind alle Handlungen, die eine Rechtswirkung nach außen hin ausüben. Dazu zählen beispielsweise nicht Höflichkeitsakte, die Annahme von Anträgen, die Verteilung von Formularen, Erläuterungen, Belehrungen, Hinweise, Ratschläge, Empfehlungen, Gutachten und unverbindliche Meinungsäußerungen 4). Auf die Frage einer Abgrenzung von rechtlicher Betroffenheit gegenüber der rein tatsächlichen Betroffenheit, wie sie vor allem bei Baugenehmigungen auftritt, kann hier nicht eingegangen werden 5).
- 2) Diese Rechtserheblichkeit muß sich unmittelbar auf den Betroffenen auswirken. Die Rechtswirkung muß daher direkt von dem Akt ausgehen 6). "Es kommt darauf an, ob dem Akt eigene, originäre Rechtswirkung zuerkannt werden kann" 7).

Dabei muß die rechtliche Wirkung unmittelbar gegenüber einer Person ergehen. Es kommt nicht darauf an, an wen der Akt förmlich gerichtet, an

1) z.B. Staat, Gemeinden, Gemeindeverbände; nicht aber die kommunalen Interessenvertretungen Bayerns, z.B. der Bayer.Städteverband, der Bayer. Landkreisverband, der Bayer. Gemeindetag. Vergl. dazu Obermayer VA S. 60 f und zu dem Problem der Religionsgesellschaften Obermayer VA S. 60, Anmerkung 167 und die dort zitierte Literatur.

2) Vergl. E. R. Huber I S. 533 ff

3) Vergl. Obermayer VA S. 61 f

4) Vergl. Forsthoff S. 182, Menger S. 110 f, Schunck-De Clerk S. 65, Obermayer VA S. 69

5) Vergl. dazu Obermayer VA S. 69 f

6) Vergl. Forsthoff S. 182

7) Obermayer VA S. 71

wen er adressiert ist 1). Adressat und rechtlich Betroffener können ganz oder teilweise auseinanderfallen 2).

- 3) Der letzte problematische Teil des VA-Begriffes ist die "Regelung eines Einzelfalles". Die Probleme ergeben sich vor allem bei der Frage, ob und inwieweit noch eine Regelung eines Einzelfalles vorliegt, wenn anstatt einer bestimmten Mehrheit eine aufgrund abstrakter Merkmale nur bestimmbarer Personenmehrheit vorliegt, oder wenn gar nur eine unbestimmte Personenmehrheit angesprochen wird. Es geht dabei um den Begriff der "Allgemeinverfügung", jener Art von VA, die es mit einer Personenmehrheit zu tun hat, wobei der "Einzelfall" sich nicht auf die betroffenen Personen, sondern auf die Regelung eines oder mehrerer, bestimmter, sachlicher Verhältnisse bezieht, bei denen dann eine unbestimmte Personenmehrheit betroffen sein kann 3).

Zum gleichen Ergebnis kommt Thoma 4), Fleiner 5), Forsthoff 6) und von Turegg 7).

Über das Problem der Allgemeinverfügung wurde schon im ersten Abschnitt S.4 gesprochen. Es genügt hier in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß unter der Regelung eines Einzelfalles nur die rechtliche Betroffenheit einer einzelnen Person oder mehrerer, zumindest bestimmbarer, einzelner Personen verstanden werden kann 8).

§ 7: Begriffsbestimmung des VA

Damit kann der VA bestimmt werden als eine, von einer Verwaltungsbehörde bei Betätigung hoheitlicher Verwaltung vorgenommene Handlung, außerhalb der Gerichtsbarkeit, die einem zumindest bestimmbareren Personenkreis gegenüber rechtserhebliche Wirkung zeigt.

Dieser Begriff muß im Interesse der Rechtssicherheit und der juristischen Klarheit und Folgerichtigkeit als Grundlage für eine Beurteilung öffentlich-recht-

- 1) vergl. Bachof VA S. 309, Obermayer VA S. 72, Urt. d. Wttbg VGH v. 3. 9. 53, DÖV 53 S. 641 f
- 2) vergl. Obermayer VA S. 69 f für das Verfahren bei Baugenehmigungen. Ebenso bei ehrenrührigen Behauptungen von Behörden. Vergl. dazu Obermayer VA S. 73, Bettermann DVBl 1952 S. 312 ff, Walz JZ 1952 S. 223 ff, etwas zu weitgehend wohl Karl Heinz Klein in DÖV 1952 S. 285 f. Dagegen: Ule BVerwGG S. 59.
- 3) Im EntwVWRO S. 214 f findet sich der Satz, daß ein VA auch "bestimmte Verhältnisse in einem einzelnen Fall" regeln könne.
- 4) Thoma S. 146 f sowie Thoma Polizeibefehl S. 65
- 5) Fleiner S. 186 f
- 6) Forsthoff S. 184
- 7) von Turegg S. 115
- 8) vergl. Obermayer VA S. 78

licher Handlungen gelten. Es muß Bedenken begegnen, wenn auch in neuerer Zeit noch abgelehnt wird, eine feste Begriffsbestimmung des VA als Ausgangspunkt für die Beurteilung von Hoheitsakten anzuerkennen 1). Das hat nichts mit der Tatsache zu tun, daß sich Rechtsbegriffe im Laufe der Zeit ändern können. Das wird vorausgesetzt. Es enthebt aber nicht der Aufgabe, dem jeweiligen Stand der Rechtswissenschaft entsprechende Begriffsbestimmungen zu finden, die auf der Grundlage dogmatischer Entwicklung für alle gleichartigen Fälle verbindlich ist. Eine Betrachtung, die nur auf den Einzelfall abstellt (und eine andere Alternative läßt sich wohl kaum denken), kann im günstigsten Falle zu einer übereinstimmenden Kasuistik gelangen, womit der Entwicklung des öffentlichen Rechts aber keinesfalls gedient wäre.

2. UNTERABSCHNITT

Der verwaltungsinterne Einzelakt

§ 8: Der verwaltungsinterne Akt in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung

Konnten für den VA aus Literatur und Rechtsprechung doch anerkannte und sichere Merkmale gefunden werden, so sind im Gegensatz dazu in der Verwaltungsrechtsprechung und -lehre der Begriff und die Arten von Handlungen innerhalb der Behördenorganisationen sehr viel weniger geklärt.

Verschiedentlich schon waren Rechtshandlungen von Behörde zu Behörde und gegebenenfalls auch im Außenverhältnis Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen und Abhandlungen, so etwa die Verwaltungsvorschrift oder Verwaltungsverordnung als generelle Weisung vorgesetzter Behörden an nachgeordnete oder als allgemeiner Dienstbefehl in einem besonderen Gewaltverhältnis 2). Auch Einzelakte vorgesetzter Behörden an nachgeordnete wurden schon ausführlich behandelt 3). Eine umfassende Betrachtung der verschiedenen internen Verwaltungshandlungen fehlt jedoch noch 4). Eine wenigstens terminologische Erfassung der innerdienstlichen Akte versuchten Nebinger 5) mit seinem "Verwaltungsbetriebsakt", Bachof 6)

1) So erklärt Mörtel in BayVB1 1956 S. 323: "Es muß zu unrichtigen Ergebnissen führen, wenn man sich dabei so verhält, als handle es sich bei den bisher erreichten Begriffsbestimmungen des VAes um inhaltlich bestimmte, vom Wesen der Sache her gewonnene Begriffe"

2) Jacobi VV, Otto Mayer I S. 84 f und 102, Otto Mayer II, S. 286 ff, Hatschek S. 54 f, Fleiner S. 62 ff und 335 ff, Jellinek S. 126 f, Peters S. 77 f, Nebinger S. 189 ff und Forsthoff S. 115 ff.

3) Vor allem Obermayer VA S. 105 ff.

4) vergl. Obermayer VA S. 105

5) Nebinger S. 7 und 196 f

6) Bachof VA S. 286

und Obermayer 1).

Die Rechtsprechung verwendet in dieser Hinsicht eine sehr vielseitige Terminologie. Generelle innerdienstliche Akte werden als "Verwaltungsvorschriften" und "verwaltungsinterne Verordnungen" 2) oder als "Anweisungen" 3) bezeichnet.

Für die Einzelanweisungen im Instanzenzug werden Bezeichnungen wie "Dienstanweisung" 4), "innerdienstliche Weisung" 5), "interne Anweisung" 6), "innerdienstliche Anordnung" 7) und "interne Angelegenheit des Verwaltungszuges" 8) verwendet. Eine Weisung, die im Bereich einer Behörde an eine bestimmte Stelle oder einen bestimmten Amtsträger ergeht, wird als "innerdienstliche Maßnahme" 9) bezeichnet.

§ 9: Abgrenzung des Begriffes verwaltungsinterner Einzelakt

1. Kapitel: Kritik der bisher verwendeten Begriffe.

Alle erwähnten Begriffsbestimmungen sind, so zutreffend im Einzelfall sie vielleicht sein mögen, für den hier geforderten Zweck zu wenig weit. Gemeinsam haben die genannten Handlungen, die Verwaltungsverordnungen, die Einzelweisungen im Instanzenzug, die Weisungen im Bereich einer Behörde und die Weisungen im besonderen Gewaltverhältnisse, daß sie im internen Bereich der öffentlichen Verwaltung "im Rahmen eines besonderen, öffentlich-rechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses" 10) erlassen werden. Sie ergehen innerhalb einer nach dem Unterwerfungsprinzip aufgebauten Einrichtung, sei es, daß im besonderen Gewaltverhältnis natürliche Personen, oder bei Weisungen im Instanzenzug Behörden umfaßt werden.

Möglichkeiten des Zusammenwirkens und damit evtl. verwaltungsinterne Handlungen setzen aber, wie die Beispiele im ersten Abschnitt gezeigt haben,

1) Obermayer VA S. 110

2) beide vom herrschenden Sprachgebrauch synonym gebraucht

3) Beschluß des VGH Stuttgart vom 22. 10. 1953, DÖV 1954 S. 59 f

4) Urteil des Wttbg-Bad. VGH vom 25. 5. 1950, DRZ 1950 S. 500 f

5) Urteil des OVG Lüneburg vom 16. 9. 1953, DVBl 1953 S. 727 ff; Urteil des Wttbg-Bad. VGH vom 21. 9. 1951, VerwRspr Bd. 4 Nr. 182, S. 840 ff und vom 3. 9. 1953, VerwRspr Bd. 6 Nr. 138, S. 609 ff; Urteil des BayVGH vom 7. 7. 1954 Nr. 16 IV 54; Urteil des BayVerfGH v. 30. 9. 1959, VGHE n. F. 12, 119

6) Urteil d. LVG RhldPf v. 20. 3. 1952, BBaubl. 1952 S. 341

7) Beschluß des OVG Münster v. 30. 4. 1952, DVBl 1953 S. 25 f

8) Urteil des OVG Münster v. 15. 1. 1951, MDR 1951 S. 507 ff

9) Urteil des Hess. VGH v. 25. 5. 1951, NJW 1951 S. 776

10) Obermayer VA S. 107

nicht unbedingt ein Abhängigkeitsverhältnis der beteiligten Behörden voraus. Gerade bei der fakultativen, nicht vom Gesetz geforderten Mitwirkung mehrerer Behörden bei Erlass eines VAes kann von einer derartigen Verpflichtung nicht gesprochen werden. Ein Begriff, der alle diese Möglichkeiten umfaßt, muß notwendigerweise weiter gefaßt sein, darf also das Element des besonderen öffentlich-rechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses nicht enthalten. Das schließt freilich nicht aus, daß etwa ein Begriff wie der "innerdienstliche Rechtsakt" Obermayers für Weisungen im Abhängigkeitsverhältnis als zutreffend anzusehen ist. Auf diese Frage wird später noch einzugehen sein 1).

2. Kapitel: Der Begriff Einzelakt.

Andererseits muß der zu findende Begriff aber in gewisser Beziehung auch wieder eine Abgrenzung von Akten ermöglichen, die zwar auch im Innenverhältnis der Verwaltung ergehen, die aber schon von vornherein aus dem gestellten Thema ausgegliedert wurden, weil es sich bei ihnen nicht um Akte des Zusammenwirkens im Hinblick auf ein konkretes Rechtsverhältnis, auf einen konkreten Einzelakt handelt. Gemeint sind hier vor allem die sogenannten "generellen" verwaltungsinternen Akte 2).

Unter einem individuellen verwaltungsinternen Akt sind einerseits die dem VA entsprechenden Akte zu verstehen, die sich an eine bestimmte Einzelperson oder Einzelbehörde wenden. Darunter fallen aber auch die innerdienstlichen Akte, die sich, wie eine "Allgemeinverfügung" im Bereich des VAes, gleichzeitig an mehrere einzelne Betroffene wenden. Der Unterschied zu einem generellen verwaltungsinternen Akt, der sich ja auch an eine Mehrheit von Betroffenen richtet, kann nur in der Dauer der Maßnahme gesehen werden. Wenn beispielsweise ein Ministerium "allen Regierungen und Kreisverwaltungsbehörden" eine Weisung erteilt, so kann hier sowohl ein genereller, wie ein individueller, verwaltungsinterner Akt vorliegen. Ein individueller Akt liegt dann vor, wenn sich die Rechtswirkung der Anweisung im Augenblick des Erlasses gegenüber den gerade vorhandenen Regierungen und Kreisverwaltungsbehörden erschöpft. Ist die Weisung jedoch auch für die Zukunft bestimmt, so daß jede weitere Regierung oder Kreisverwaltungsbehörde, gleichgültig ob schon bestehend oder nicht, daran gebunden ist, so handelt es sich um einen generellen verwaltungsinternen Akt. Zu den generellen verwaltungsinternen Akten zählen neben den allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen vor allem die allgemeinen Weisungen und Dienstbefehle ("Verwaltungsvorschriften"), die auch als "Runderlasse" und "Anstalts- und Dienstordnungen" (in besonderen Gewaltverhältnissen) bezeichnet werden 3).

1) vergl. II. Abschnitt S. 25 f

2) vergl. Obermayer VA S. 114 ff

3) Damit darf freilich nicht verwechselt werden, daß derartige Verwaltungsvorschriften als Grundlage für erg gehende Weisungen gelten können!

Als Unterschied zum Rechtsatz, der ja auch eine in die Zukunft weisende, allgemeine Regel enthält, die an einen Tatbestand eine Rechtsfolge knüpft 1), wendet sich der generelle verwaltungsinterne Akt an die einzelnen Glieder der öffentlichen Verwaltungsinstitutionen, nicht an einzelne selbständige Rechtssubjekte, die der öffentlichen Gewalt mit einer räumlichen Distanz gegenüber stehen 2). Die individuellen Akte werden am besten als Einzelakte bezeichnet, da hierbei der Gegensatz zu den Verwaltungsverordnungen gewahrt bleibt, der Ausdruck "individuell" aber zu sehr an Akte gegenüber einem Individuum, einer Einzelperson erinnert, die jedoch nur einen Teil der betroffenen Fälle darstellen.

3. Kapitel: Der verwaltungsinterne Akt.

Wenn man sich nun nach einer geeigneten, allen Ansprüchen genügenden Definition dieses innerdienstlichen Aktes umsieht, so bietet sich eigentlich nur der Begriff des "Verwaltungsinternums" von Mörtel 3), Marschall 4) und Groebe 5) an.

In diesem Begriff wird vermieden, die Handlungen innerhalb der Verwaltung von vornherein auf den zwar sehr umfangreichen, aber doch nur einen Teil aller internen Handlungen umfassenden Sektor der auf Über- bzw. Unterordnung beruhenden Verwaltung zu begrenzen. Andererseits aber läßt sich unter dem Begriff "Verwaltungsinternum" so ziemlich alles vereinen, was in der Verwaltung vor sich geht, soweit es nicht das Außenverhältnis, d.h. das Verhältnis zum Bürger betrifft. Damit wäre für unseren Fall natürlich wenig gedient. Wie schon erwähnt, geht es hier um einen Gegensatz zum VA. Infolgedessen interessieren in diesem Zusammenhang nur die Handlungen, die sich auch im Innenverhältnis, im Verhältnis von Behörde zu Behörde auf den Einzelfall beschränken, das heißt auf Handlungen, die sich an einen zumindest bestimmbar Personenkreis wenden und die sich im Augenblick des Erlasses erschöpfen, dabei aber den nach außen hin abgeschlossenen Raum des behördeninternen Verkehrs nicht verlassen.

Der Begriff Einzelakt mit dem Begriff des Verwaltungsinternums richtig verbunden, kann so wohl als der geeignetste Begriff verwendet werden, so daß eine nicht ins Außenverhältnis sich auswirkende Handlung von Behörde zu Behörde als verwaltungsinterner Einzelakt zu bezeichnen wäre.

§ 10: Begriffsbestimmung

Daß alle verfassungsrechtlichen Handlungen hier auszuschneiden haben, ist

1) vergl. Obermayer VA S.115

2) vergl. Richter S.17

3) Mörtel Vortrag I S.3

4) Marschall S.167

5) Groebe DVBl 1959 S.757 ff, insbes. S.759

insoweit richtig, als unter verfassungsrechtlichen Handlungen Akte verstanden werden, die dem Verfassungsrecht zuzurechnen sind, nicht aber Akte, die von Verfassungsbehörden erlassen werden. Denn wie noch später zu erörtern sein wird 1), können Legislativorgane durchaus als Verwaltungsbehörden auftreten.

Endlich braucht eine unmittelbare Rechtserheblichkeit gegenüber der anderen Behörde nicht unbedingt vorzuliegen. Gerade beim Zusammenwirken von Behörden, zwischen denen kein Abhängigkeitsverhältnis besteht, wirkt etwa ein Gutachten der Mitwirkungsbehörde nicht unmittelbar auf die Entscheidungsbehörde ein. Diese kann immer noch nach ihrem Belieben entscheiden, ohne an das Gutachten gebunden zu sein. So ist das Bayer. Staatsministerium des Innern bei der Festlegung des Verteilungsschlüssels für die im Haushaltsplan bereitgestellten Mittel für den sozialen Wohnungsbau 2) rechtlich nicht gehalten, den Beschluß des Landtags über die Aufteilung zu berücksichtigen.

Damit ist als verwaltungsinterner Einzelakt jeder nicht verfassungsrechtliche Einzelakt anzusehen, der innerhalb des Verwaltungsapparates zur Regelung eines Einzelfalles ergeht.

§ 11: Der "innerdienstliche Rechtsakt" Obermayers

Die gefundene Definition hindert nicht daran, Obermayer 3) zu folgen, wenn er seinen "innerdienstlichen Rechtsakt", d. h. den in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Abhängigkeitsverhältnis ergehenden Akt als "jede nicht verfassungsrechtliche Handlung" anspricht, "die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Abhängigkeitsverhältnis unter Berufung auf dessen besonderen institutionellen Zweck ergeht und den betroffenen Gliedern gegenüber unmittelbar rechtserheblich ist". Um so mehr ist diese Definition auch für diese Arbeit von Bedeutung, als die meisten Fälle des Zusammenwirkens mehrerer Verwaltungsbehörden gerade auf diesem Gebiet liegen und daher am ausführlichsten behandelt werden.

Problematisch an dieser Definition könnte allenfalls die Erwähnung der "Rechtserheblichkeit" als Bestandteil einer Handlung zwischen Behörden sein. Soweit bei der Anweisung einer Staatsbehörde (Regierung) an eine Kreisverwaltungsbehörde (Landratsamt) zwei verschiedene Rechtspersonen miteinander in Berührung kommen, bei denen eine Rechtsbeziehung heute kaum noch problematisch ist, tritt die strittige Frage nicht so in Erscheinung. Anders liegt der Fall jedoch, wenn die Anweisung von der Staatsbehörde Ministerium an die Staatsbehörde Regierung kommt. Hier handelt es sich doch offensichtlich um die gleiche Person, nämlich um den Staat als Rechtsperson.

Dazu kann gesagt werden, daß im Rechtsstaat alle Äußerungen der öffentli-

1) vergl. IV. Abschn. S. 66 ff

2) vergl. I. Abschn. S. 12 Nr. 16

3) Obermayer VA S. 110

chen Gewalt an das Recht gebunden sind 1). Bachof 2) sagt darüber hinaus, daß die Begriffe des Rechts und des Rechtsaktes von ihrer historisch konventionellen Begrenzung auf die Beziehung zwischen Personen 3) gelöst werden müßten. Gerber 4) bemerkt dazu, daß "der Ausdruck Staat einen Inbegriff von Rechtsverhältnissen" deckt. "Auch der interne Sektor der öffentlichen Gewalt ist, selbst wenn Verhältnisse zwischen Organen eines einzigen öffentlich-rechtlichen Verbandes in Betracht kommen, rechtlich geregelt" 5). Auch der Haushaltsplan enthält Regelungen, die gegenüber den Staatsbehörden wirksam sind, und trotzdem ist seine Qualität als Rechtsakt unbestritten. Warum sollen anerkannte Grundsätze des Verfassungs- und Staatsrechts auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts keine Gültigkeit haben, wenn es sich dabei um das gleiche rechtliche Verhältnis handelt? Vielmehr liegen auch hier rechtliche Bindungen der Behörden untereinander vor, herrschen also Rechtsbeziehungen. 6)

1) vergl. Werner DVBl 1952 S. 342; Obermayer VA S. 109

2) Bachof VA S. 298

3) so z. B. Georg Jellinek S. 193

4) Gerber S. 452 ff

5) Obermayer VA S. 109

6) vergl. dazu Obermayer VA S. 109

III. ABSCHNITT

Rechtsnatur der Teilakte

§ 12: Vorbemerkung

Nach der Prüfung der Begriffe VA und Verw.int.EA ist die Aufgabe, die beim Zusammenwirken mehrerer (meist zweier) Behörden auftretenden Einzelhandlungen der mitwirkenden Behörden rechtsdogmatisch einzuordnen und in richtige Beziehung zueinander zu setzen, wesentlich erleichtert.

Das Problem liegt dabei einerseits und zur Hauptsache in der Frage, welcher von beiden Gattungen vor allem die Mitwirkungshandlung (Gegensatz: Die Handlung der entscheidenden Behörde) zuzurechnen ist. Mit der Erörterung der Rechtsnatur dieser Mitwirkungshandlung, mit der in allen Fällen begonnen werden soll, und ihrer endgültigen Zuordnung löst sich dann die Frage der Rechtsnatur des Aktes der noch am Zusammenwirken beteiligten Behörden zumeist von selbst.

Weiterhin ist noch das Verhältnis von Bedeutung, das beide Handlungen zueinander annehmen, denn mit der Klärung der Teilhandlungen ist ihre Beziehung zueinander noch nicht geklärt.

Daneben hat gewisse Bedeutung noch die Frage, ob nicht in Einzelfällen die gleiche Handlung sowohl VA als auch Verw.int.EA sein kann. Objekt dieses gleichzeitig einen VA darstellenden Verw.int.EAs könnte einmal der Staatsbürger sein, so daß eine Weisung an eine andere Behörde gleichzeitig, also noch ohne Umsetzung in einen anderen Akt dieser Behörde, als unmittelbar rechtserhebliche Einwirkung auf den Bürger sich erweist. Andererseits kann Objekt des VA auch die durch den Verw.int.EA angewiesene Behörde selbst sein, so daß hier ein "VA in der gleichen Richtung" 1) vorläge 2). Anhand zweier oder dreier Beispiele jeder Gruppe sollen im folgenden diese Probleme untersucht werden, wobei im Laufe der Auseinandersetzung auf die übrigen Beispiele hingewiesen wird.

1. UNTERABSCHNITT

VA und Verw.int.EA im Abhängigkeitsverhältnis

§ 13: Mitwirkung einer Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmung

1. Kapitel: § 9 Abs. II FStrG 3)

I. DIE AUFFASSUNGEN IN SCHRIFTTUM UND RECHTSPRECHUNG ZUR RECHTSNATUR DER ZUSTIMMUNG NACH § 9 Abs.2 FStrG:

Bei der Zustimmung der Obersten Landesstraßenbaubehörde nach § 9 Abs.2

1) Obermayer VA S. 135 ff

2) womit auch das Problem der Anfechtbarkeit durch eine Mitwirkungsbehörde zusammenhängt.

3) vergl. I. Abschn. S. 8 Nr. 2

FStrG geht es (wie bei allen Mitwirkungsakten) um die Frage, ob diese Teilnahmehandlung ein eigener VA, ein Teil eines solchen, oder ein Verw.int. EA ist.

1) Die Auffassung vom Wesen der Zustimmung nach § 9 Abs. II FStrG als Verw.int. EA vertritt vor allem Marschall 1). Die Ablehnung der Zustimmung ist nach ihm für die Baugenehmigungsbehörde bindend. Die Ablehnung des Baugesuchs erfolge allein durch die Baugenehmigungsbehörden, daher sei auch nur gegen sie das Rechtsmittel zu richten.

In der Rechtsprechung kam das OVG Lüneburg in seinem Urteil vom 10.1.1957 2) zu dem gleichen Ergebnis. Es vertrat darin die Auffassung, daß die Zustimmung nach § 9 Abs. II FStrG weder einen VA, noch einen Teil eines solchen, sondern einen nach außen nicht in Erscheinung tretenden Rechtsvorgang im internen Verkehr zwischen zwei Behörden der Landesverwaltung darstelle. Zu diesem Ergebnis kommt das OVG letzten Endes dadurch, daß es den Begriff der Zustimmung als die bloße Abgabe einer Stellungnahme durch die Oberste Straßenbaubehörde auslegt, indem es ausführt, Sinn und Zweck der Vorschrift des § 9 Abs. II FStrG liegen nach dem Gesamtzweck des Gesetzes offensichtlich nur darin, "die ohnehin der Baubehörde allgemein obliegende Pflicht zur Sicherstellung aller anderen auftretenden ordnungsrechtlichen Notwendigkeiten hier mit Rücksicht auf die besondere Bedeutung der Fernstraßen dadurch herauszustellen, daß eine dementsprechende Einholung der Stellungnahme der für die Straßen zuständigen Behörde vorgeschrieben wird".

Es führt dann weiter aus:

"Durch die Wahl des Begriffes der Zustimmung dieser Behörde in der genannten Vorschrift sollte dabei auf jeden Fall sichergestellt werden, daß die Belange des Straßenbaus und des Straßenverkehrs unter allen Umständen Berücksichtigung finden, mehr aber nicht. Träger der Verantwortung für die Erteilung der Baugenehmigung nach außen bleibt weiterhin die Baugenehmigungsbehörde, die ja ohnehin neben der Frage der Sicherung, der Leichtigkeit und der Übersichtlichkeit des Verkehrs auf den Fernstraßen noch zahlreiche andere ordnungsrechtliche Gesichtspunkte zu beachten hat".

Dieser Auffassung war schon im Jahre 1935 das Preuß. OVG 3), es hielt an dieser Meinung auch in ständiger Rechtsprechung fest. Dazu kamen die inhaltlich gleichlautende Entscheidung des VG Frankfurt a/M. 4), das unveröffentlichte Urteil des VG Bayreuth vom 1.7.1958 5), das unveröffentlichte Urteil der

1) Marschall Anmerk. 3 zu § 9

2) DÖV 1958, S. 908 = DVBl 1958, S. 138

3) Pr. OVG Entsch. v. 14.11.1935, Band 97 S. 211

4) v. 30.4.1957 - II/2-1378/56

5) Nr. 80 /95 II/57

3. Kammer des VG Stuttgart vom 29. 4. 1955 1) sowie die Ausführungen von Angres 2). Das LVG Rheinland-Pfalz hatte sich in einer schon vor Erlaß des FStrG ergangenen unveröffentlichten Entscheidung vom 8. 11. 1951 3) auf den Standpunkt gestellt, die Zustimmung der mitwirkenden Behörde werde nicht dem Antragsteller gegenüber erklärt, sondern gegenüber der Baugenehmigungsbehörde erteilt. Selbst wenn diese an die Weisung der mittleren Baubehörde gebunden sei, so sei die Klage doch stets gegen die Baugenehmigungsbehörde zu richten.

- 2) Das oben zitierte OVG Lüneburg weicht jedoch in der weiteren Folge der Begründung etwas von den Gedankengängen der übrigen Literatur ab, wenn es fortfährt: "Unter diesen Umständen kann ihr (der Zustimmung) auch keine bindende Wirkung beigemessen werden. Denn wenn die Baugenehmigungsbehörde in eigener Machtvollkommenheit zu entscheiden hat, kann sie ihre Entscheidung nicht automatisch an die Stimme eines anderen ketten und sich damit eigener Prüfung entäußern. Eine Freistellung von der Verantwortung für die eigene Entscheidung ist mit der heutigen staatsrechtlichen Auffassung nicht vereinbar 4)".

Ebenso lehnt das Gericht ab, daß jede der beiden Behörden gemeinschaftlich zum Zustandekommen eines VA mit allen sich daraus ergebenden Folgen der Bindung und selbständigen Anfechtbarkeit jeden Teiles dieses "zusammengesetzten VAes" beizutragen habe.

Schließlich ergebe sich aus § 9 Abs. V FStrG, wonach Bauanlagen, die keiner Genehmigung der ordentlichen Baubehörden bedürfen, anstelle der Zustimmung des Absatz I der Genehmigung der Landesstraßenbaubehörde bedürfen, daß die Landesstraßenbaubehörde nur in diesem Fall aus der vom Gesetzgeber gewünschten Reserve heraustreten solle, in den Fällen des § 9 Abs. II FStrG jedoch nicht. Eine Klage mit dem Ziel der Verurteilung zur Erklärung der Zustimmung sei daher unzulässig.

- 3) Einen völlig entgegengesetzten Standpunkt nimmt das OVG Hamburg in seinem Urteil vom 28. 8. 1958 5) unter Zustimmung von Mang 6) ein. Vorausgegangen

1) 3 I 604/54

2) Angres, DÖV 1958 S. 75

3) I LVG 288/51. Diese Entscheidung erging zu dem gleichgelagerten Fall des § 63 Abs. III des Aufbaugesetzes von Rhld-Pfalz

4) Mit Hinweis auf BayVGH, NJW 1951 S. 455 und die Anmerkung von Heins zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, NJW 1955 S. 1530. In dieser Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts sei die verwandte Frage, ob im Falle der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft eine Bindung der Landesjustizverwaltung an die Zustimmung des Vorstands der Anwaltskammer gegeben ist, im Sinne der Gedankengänge des OVG beantwortet worden.

5) MDR 1959 S. 522 = Mitteilungen des Deutschen Städtetages 1958 Nr. 477, S. 161

6) Mang BayVBl 1959 S. 82

waren das im Ergebnis gleiche, unveröffentlichte Urteil des VG Wiesbaden vom 23.12.1955 1), dem ein in Hessen ergangener Erlaß des dortigen Innenministeriums entsprach 2), sowie ein Urteil der 4. Kammer des VG Stuttgart vom 15. 5. 1956 3) unter Berufung auf zwei unveröffentlichte Urteile des VGH Stuttgart 4). Das VG Wiesbaden führte dabei u. a. aus, daß die Zustimmung der Straßenbaubehörde nicht als eine Weisung aufgrund behördlicher Anweisung, sondern als eine vom Gesetz aufgestellte Bedingung anzusehen sei, ohne deren Erfüllung eine Baugenehmigung nicht erteilt werden dürfe. Die Versagung der Zustimmung greife unmittelbar in das Recht des Bauherrn ein und sei damit ein selbständig anfechtbarer VA.

Das OVG Hamburg, das, wie erwähnt, einen dem OVG Lüneburg entgegengesetzten Standpunkt einnimmt, ist in dem angeführten Urteil der Ansicht, daß sich aus der Gesamtregelung des FStrG ergebe, daß alle wichtigen Entscheidungen über die Bundesfernstraßen bei der Obersten Landesstraßenbaubehörde liegen sollen (§ 2 Abs. I u. IV; § 5 Abs. IV; § 18 Abs. V und § 15 Abs. IV u. V FStrG). Daher obliege die Pflicht der Prüfung aller mit dem Verkehr auf Autobahnen zusammenhängenden Gesichtspunkte nach § 9 Abs. II FStrG allein der Obersten Landesstraßenbaubehörde.

§ 9 Abs. II FStrG sei keine bloße behördenorganisatorische Vorschrift, sondern eine materiell-rechtliche Norm 5). Daß § 9 Abs. II FStrG keine besondere Genehmigung der Obersten Landesstraßenbaubehörde vorschreibt, erklärt das OVG Hamburg damit, daß man wahrscheinlich das Verfahren nicht habe komplizieren wollen. Wörtlich führt dann das OVG aus:

"Es erscheint so gut wie ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber es als zulässig angesehen haben sollte, daß die Baugenehmigungsbehörde eine Baugenehmigung erteilt, nachdem die Oberste Landesstraßenbaubehörde ihre Zustimmung versagt hat, oder daß sie die Genehmigung aus Verkehrsgründen versagt, obwohl die Oberste Landesstraßenbaubehörde die Zustimmung erteilt hat. Es spricht nichts dafür, daß der Gesetzgeber die Verantwortung der Baugenehmigungsbehörde übertragen wollte" 6).

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergebe sich auch aus dem Sinn der Zustimmung sicherzustellen, daß die mit fortschreitender Motorisierung immer problematischer werdenden Belange des Verkehrs auf den Autobahnen unter allen Umständen sachgemäße Berücksichtigung finden, wofür eine nach außen unverbindliche Äußerung der Landesstraßenbaubehörde nicht ausreichen könne. Des-

1) II/2 - 243/54

2) Hess. StAnz v. 5. 9. 1955 S. 977

3) 4/I Nr. 976/55 = BBauBl. 1957 S. 125

4) vom 12. 1. 1955 - 1 S1/52 und vom 11. 12. 1953 - 1S 240/51

5) Mit Hinweis auf Obermayer VA S. 131 ff

6) Dieser Auffassung sei auch Marschall in Anm. 4 zu § 9

halb sei es erforderlich gewesen, die Beurteilung der verkehrsmäßigen Belange der Zuständigkeit der örtlichen Baugenehmigungsbehörde zu entziehen und der überregionalen, besonders sachkundigen Fachbehörde zu übertragen.

Für den Charakter des § 9 Abs. II FStrG als materiellrechtlicher Bestimmung, die die Verantwortung auch nach außenhin allein der Landesstraßenbaubehörde übertrage, spreche schließlich die genaue Festlegung der Tatbestandsmerkmale für eine Versagung der Zustimmung in § 9 Abs. III FStrG, die für die Zustimmungsbehörde und nicht für die Baugenehmigungsbehörde getroffen sei.¹⁾ Daraus zieht das OVG sodann die Folgerung:

"Somit muß entsprechend dem Wortlaut des § 9 Abs. II FStrG die Zustimmung der Obersten Landesstraßenbaubehörde als eine gesetzliche Voraussetzung für die Erteilung der Baugenehmigung angesehen werden. Die Entscheidung der Landesstraßenbaubehörde äußert Tatbestandswirkung für die Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde (Vergl. Forsthoff § 6, S. 90 ff). Aus der Tatbestandswirkung der Zustimmung folgt, daß die Baugenehmigungsbehörde, die eine Baugenehmigung nur dann erteilen darf, wenn die erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, den Bauantrag bei Versagung der Zustimmung auch dann ablehnen muß, wenn sie die Versagungsgründe für unzutreffend hält. Somit wird bereits mit der Erteilung oder Versagung der Zustimmung gemäß § 9 Abs. II FStrG der betreffende Einzelfall geregelt. Es wird entschieden, ob dem Bauantrag aus Gründen, die mit dem Verkehr auf der Autobahn zusammenhängen, stattgegeben werden kann oder nicht. Allerdings kann bei Erteilung der Zustimmung die Baugenehmigungsbehörde den Antrag gegebenenfalls aus anderen Gründen ablehnen. Das ändert aber nichts daran, daß auf einem Teilgebiet die Entscheidung allein durch die Oberste Landesstraßenbaubehörde erfolgt. Die von dieser getroffene Entscheidung wird zum VA, wenn sie dem Geschädigten bekanntgegeben wird, was in der Regel durch die Baugenehmigungsbehörde bei Bescheidung des gestellten Antrages erfolgt".

Der gleichen Ansicht sind Obermayer 2) und Böhm 3).

- 4) Eine vermittelnde Ansicht nehmen schließlich der BayVGh 4) und das VG Berlin 5) ein. Hiernach bilden die Erklärungen beider Behörden zusammen den VA, so daß der Betroffene beide nur gemeinsam anfechten kann. So sagt der BayVGh in der zitierten Entscheidung wörtlich:

"Nach Auffassung des Senats bilden daher auch in einem solchen Fall die

1) Mit Hinweis auf Obermayer DVBl 1958 S. 140 ff

2) Obermayer DVBl 1958 S. 142

3) Böhm DÖV 1958 S. 72 ff

4) Entscheidung vom 5. 7. 1956 - BayVBl 1956 S. 313

5) zu § 18 Abs. II d. Berliner Planungsgesetzes - JR 1954 S. 433

Erklärung der einen Behörde an die andere und die Erklärung der letzteren an den Betroffenen zusammen den VA, so daß der Betroffene beide, wenn auch nur gemeinsam anfechten kann. Nur verfahrensrechtlich kommt der an den Betroffenen gerichteten Erklärung insofern größeres Gewicht zu, als Verwaltungsvorverfahren, Anfechtungsform und -frist und gerichtliche Zuständigkeit sich nach den für diese letztere Erklärung maßgebenden Bestimmungen richten."

II. KRITISCHE STELLUNGNAHME:

Unbestritten in der ganzen Diskussion ist zweifelsohne der Ausgangspunkt, daß § 9 Abs.II FStrG sicherstellen soll, daß bei der Erteilung von Baugenehmigung im Schutzbereich der Bundesfernstraßen die Belange des Straßenbaues und des Straßenverkehrs unter allen Umständen Berücksichtigung finden sollen. Daher ist die Zustimmung der Landesstraßenbaubehörde vorgeschrieben. Streit besteht dagegen schon bei allen weiteren Fragen, bei der Frage der Rechtsnatur und der Frage der Bindung der Baugenehmigungsbehörde an die Stellungnahme der Straßenbaubehörde.

1) Die Rechtsnatur der Zustimmung nach § 9 Abs.II FStrG:

a) Die Zustimmung ist nicht eine bloße Stellungnahme im Sinne der Ausführungen des OVG Lüneburg, sondern eine der Landesstraßenbaubehörde vom Gesetz vorbehaltene Entscheidung, ob die beabsichtigte Bauausführung auch nach dem FStrG zulässig ist, ob also die Voraussetzungen des § 9 Absatz III FStrG für die Zustimmung vorliegen, oder ob sie zu versagen, oder mit Auflagen zu erteilen ist, "soweit dies für die Sicherung oder Leichtigkeit des Verkehrs, besonders wegen der Sichtverhältnisse, Verkehrsfährdung, Ausbauabsichten und Straßenbaugestaltung nötig ist". Wie die Baugenehmigungsbehörde an die Beurteilung der Voraussetzungen nach § 9 Abs.II und Abs.III FStrG durch die Landesstraßenbaubehörde gebunden ist 1), so kann umgekehrt die Landesstraßenbaubehörde nicht die Voraussetzungen der Baugenehmigung nach sonstigen baurechtlichen Vorschriften prüfen. Wenn das OVG Lüneburg erklärt, die Baugenehmigungsbehörde könne in "eigener Machtvollkommenheit" auch über die Frage der Sicherung, der Leichtigkeit und der Übersichtlichkeit des Verkehrs auf den Fernstraßen entscheiden, so steht dem die gesetzliche Regelung entgegen. Diese Zuständigkeit kann auch nicht daraus gefolgert werden, daß die Baugenehmigungsbehörde "ohnehin" neben dieser Frage "noch zahlreiche andere, ordnungsrechtliche Gesichtspunkte zu beachten hat". Dagegen geht es zu weit, wenn andererseits das OVG Hamburg folgert, aus dem Zusammenhang des Gesetzes und der Regelung des § 9 FStrG gehe hervor, "daß die Verkehrsgesichtspunkte in den

1) vergl. dazu III. Abschn. S. 35 ff

Fällen des § 9 Abs. II FStrG nicht auch von der Baupolizei, sondern allein von der Obersten Landesstraßenbaubehörde beurteilt werden sollen, die ihrerseits an § 9 Abs. III FStrG gebunden ist".

- b) Grundsätzlich ist bei der Betrachtung der beiden Akte davon auszugehen, daß in jedem Fall zunächst ein Antrag auf Bauerlaubnis gestellt ist, über deren Erteilung zu entscheiden ist. Das Gesetz geht davon aus, daß dem Baubewerber gegenüber nur eine Entscheidung ergeht. Aus § 9 FStrG läßt sich keine Abweichung davon ableiten. Es folgt nicht, wie das OVG Lüneburg meint, daraus, daß die Landesstraßenbaubehörde nur im Fall des § 9 Abs. V FStrG "aus der sonst vom Gesetzgeber gewünschten Reserve heraustreten und selbst einen, somit auch selbständig anfechtbaren VA erlassen solle, in allen anderen Fällen nicht". Mit mindestens gleicher Berechtigung läßt sich vielmehr daraus folgern, daß, wenn die Landesstraßenbaubehörde nach § 9 Abs. V FStrG schon selbständige VAe erlassen kann, sie auch maßgeblich, nicht nur in Form einer unverbindlichen Stellungnahme, am Zustandekommen eines VAes nach § 9 Abs. II FStrG mitwirken kann.

Auf der anderen Seite kann nicht der Schluß gezogen werden, daß, wenn es sich bei der Entscheidung der Obersten Landesstraßenbaubehörde nach § 9 Abs. V FStrG oder bei der Ausnahmegenehmigung nach § 9 Abs. VIII FStrG 1) um selbständig anfechtbare VAe handelt, das gleiche auch bei der Erteilung oder Versagung der Zustimmung nach § 9 Abs. II FStrG der Fall sei 2). Allein schon darin, daß das Gesetz die Formulierung verwendet hat "im übrigen ... dürfen Baugenehmigungen ... nur mit Zustimmung der Obersten Straßenbaubehörde erteilt werden" kommt zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber die Zustimmung in Zusammenhang mit der Entscheidung über die Baugenehmigung durch die Baugenehmigungsbehörde gebracht hat und daß er nicht an eine davon unabhängige Entscheidung gedacht hat. Damit bedarf es auch nicht der Konstruktion zweier selbständiger und getrennt voneinander anfechtbarer Verwaltungsakte, die auch einer doppelten Rechtsmittelbelehrung bedürften, wie Obermayer 3), Nedden 4) und das OVG Hamburg annehmen.

Eine Regelung des Einzelfalles liegt nicht schon vor, wenn die Landesstraßenbaubehörde, der im Innenverhältnis das Entscheidungsmonopol über die verkehrsrechtlichen Voraussetzungen zusteht, darüber entschieden hat, wie das OVG Hamburg meint. Diese endgültige Regelung liegt nach wie vor in den Hän-

-
- 1) Daß es sich hier um einen VA handelt, hat das OVG Lüneburg in einer späteren Entscheidung vom 25. 9. 1958 - I OVG A 42/58 - vergl. Nedden, DÖV 1959 S. 526 Anmerk. 15 - festgestellt
- 2) so Obermayer DVBl 1958 S. 141 f, Böhm DÖV 1958 S. 74, Nedden DÖV 1959 S. 525 ff insbes. S. 528
- 3) Obermayer DVBl 1958 S. 142
- 4) Nedden DÖV 1959 S. 530

den der Baugenehmigungsbehörde, die dem Bürger gegenüber auftritt, selbst wenn sie, was noch zu klären ist, an die Entscheidung der Landesstraßenbaubehörde gebunden sein sollte 1).

Die Regelung im Einzelfall ist und bleibt die Entscheidung über den Bauantrag des Baubewerbers, mag die Ablehnung des Antrags nun auf der Versagung der Zustimmung durch die Landesstraßenbaubehörde beruhen, oder aber irgend einen anderen baurechtlichen Grund haben, über den die Baugenehmigungsbehörde allein zu entscheiden hat. In die Rechtssphäre des Baugesuchstellers wird erst eingegriffen durch den Baubescheid, nicht schon durch die Stellungnahme der Straßenbaubehörde, mag diese dem Betroffenen auch eröffnet worden sein 2). Das OVG Berlin hat die gleiche Folgerung in einem anderen Zusammenhang aus dem verfassungsmäßigen Grundsatz des sozialen Rechtsstaates in zutreffender Form gezogen 3):

"Interne Akte, wenn sie lediglich einen Vorgang der inneren Willensbildung des Staates darstellen, sind keine VAe 4). In den Fällen, in denen ein VA auf Weisung der übergeordneten an die nachgeordnete Behörde ergeht, ist anerkannt, daß die Maßnahme der nachgeordneten, weisungsgebundenen Behörde den VA darstellt, der nur ihr gegenüber angefochten werden kann. Die entscheidende Bedeutung der Kundgabefunktion beim Erlaß des VAes, der ein soziales Gebilde darstellt 5), ergibt sich als Folgerung auch aus dem im Grundgesetz enthaltenen Prinzip des sozialen Rechtsstaates. Es gehört zu den Sozialanforderungen des Rechtsstaates, daß die Regelung der auf zahlreichen Lebensgebieten bestehenden Beziehungen des Bürgers zum Staat in einer übersichtlichen, klaren und verbindlichen Form erfolgt 6). Die Sicherheit des Rechtsverkehrs zwischen Bürger und Staat erfordert es, daß nicht der Vorgang der Willensbildung innerhalb der staatlichen Organisation, sondern die Bekundung oder Erklärung des Willensentschlusses durch die aufgrund der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung zur Vertretung des Staates bestellte, und damit dem Bürger gegenüber verantwortliche Behörde als VA, an den die Rechtsordnung anknüpft, angesehen wird".

Nicht richtig ist daher die Auffassung des OVG Hamburg, die Baugenehmigungsbehörde werde, wo sie die Baugenehmigung versage, weil die Zustimmungsbehörde die Zustimmung nach § 9 Abs. II FStrG nicht erteilt habe, hinsichtlich dieser versagten Zustimmung nur als Bote tätig, erlasse aber insoweit einen

1) Vergl. auch Groebe DVBl 1959 S. 759

2) BVerwGE Bd. 1 S. 169 = DVBl 1954 S. 646 = DÖV 1954 S. 664

3) DVBl 1959 S. 515

4) mit Hinweis auf Menger S. 111

5) mit Hinweis auf Ule VA S. 772

6) vergl. dazu auch Jellinek S. 269/70

eigenen VA, als sie die Baugenehmigung versage. Vielmehr ist aus dem Gesagten ersichtlich, daß es sich bei der Zustimmung nach § 9 Abs. II FStrG nur um einen verwaltungsinternen Einzelakt handeln kann.

2) Bindung an den Zustimmungsakt:

Problematisch ist weiterhin die Bindung der Baugenehmigungsbehörde an die Zustimmung oder Ablehnung der Zustimmung der Obersten Landesstraßenbaubehörde.

- a) Abzulehnen ist hier von vornherein die vom OVG Lüneburg vertretene völlige Bindungslosigkeit der Baugenehmigungsbehörde. Wenn die Zustimmungsvoraussetzung des § 9 Abs. II FStrG überhaupt einen Sinn haben soll, so muß sie zu einer Einschränkung der vom OVG Lüneburg angenommenen unbegrenzten "eigenen Machtvollkommenheit" der Baugenehmigungsbehörde führen. Die Behauptung des OVG Lüneburg, die vorausgesetzte eigene Machtvollkommenheit lasse nicht zu, daß die Baubehörde sich eigener Prüfung enthalte, ist unrichtig. Es ist durchaus ein Grundsatz unserer heutigen staatsrechtlichen und rechtsstaatlichen Auffassung, daß eine Einschränkung der Entscheidungsbefugnis einer Behörde durch die Mitwirkung einer übergeordneten Behörde in den üblichen Formen als "im Benehmen", "nach Anhörung", "mit Zustimmung", "im Einvernehmen", "mit Genehmigung" erfolgen kann 1). Eine Bindung der Entscheidungsbehörde liegt also vor.
- b) Hinsichtlich des Ausmaßes dieser Bindung kann Mörtel 2) nicht gefolgt werden, wenn er eine Bindung nur für das Innenverhältnis annimmt, nach außen die Bindung jedoch nur sehr begrenzt wirken lassen will. Dagegen spricht, daß die Zustimmung im Gesetz verankert ist und somit, wenn man schon eine Bindungswirkung aus diesem Zustimmungserfordernis folgert, auch die dem Gesetz eigene Wirkung nach außen als Folgerung in Kauf nehmen muß. Daß sich aus dieser Bindung zwingend ergibt, daß die Baugenehmigungsbehörde insoweit von jeder Prüfung der verkehrsrechtlichen Gesichtspunkte ausgeschlossen ist, daß ihr insoweit also jede Zuständigkeit entzogen ist, wie das OVG Hamburg annimmt, muß jedoch in dieser Form abgelehnt werden. Der Wortlaut des Gesetzes, "im übrigen dürfen ... Baugenehmigungen ... nur mit Zustimmung der Obersten Landesstraßenbaubehörde erteilt werden", insbes. auch das Wort "Zustimmung" weist vielmehr darauf hin, daß auch die Baugenehmigungsbehörde die besonderen verkehrsrechtlichen Gesichtspunkte zu prüfen hat, in der Beurteilung ihrer Erheblichkeit für die Erteilung oder Versagung der Baugenehmigung jedoch an die Beurteilung der Obersten Landesstraßenbaubehörde gebunden ist. Mit dieser Einschränkung, die zwar praktisch zu keinem anderen Ergebnis führt,

1) vergl. Obermayer DVBl 1958 S. 140

2) Mörtel Vortrag I S. 11

formell jedoch von Bedeutung sein kann 1), ist dem OVG Hamburg zuzustimmen, der Gesetzgeber sehe es als unzulässig an, daß sich die Baugenehmigungsbehörde in den sich auf den Verkehr auf den Autobahnen und Fernstraßen beziehenden Fragen in Gegensatz zur Landesstraßenbaubehörde setzen und abweichend von dieser entscheiden darf.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis von Groebe 2) auf die sogenannte "Tatbestandswirkung" 3). Diese liegt dann vor, wenn ein Ressort auf der Basis der Rechtslage handelt, wie sie durch Akte eines anderen Ressorts geschaffen worden ist 4). "Im Falle des § 9 Abs. II FStrG äußert die Stellungnahme der Straßenbaubehörde Tatbestandswirkung für die Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde, ebenso, wie eine etwa notwendig werdende Äußerung der Naturschutzbehörde diese Wirkung für die Baugenehmigungsbehörde haben würde" 5).

Als Ergebnis muß jedenfalls festgehalten werden, daß die Baugenehmigungsbehörde verkehrsmäßige Belange nur mit der Einschränkung beurteilen und danach entscheiden kann, daß sie an die Beurteilung ihrer Erheblichkeit für die Erteilung oder Versagung an die Ansicht der überregionalen, besonders sachkundigen Behörde gebunden ist 6).

2. Kapitel: § 57 Abs. IV GewO

I. AUFFASSUNGEN IN SCHRIFTTUM UND RECHTSPRECHUNG ZUR RECHTSNATUR DER ZUSTIMMUNG NACH § 57 Abs. IV GewO:

- 1) Das vielleicht älteste reichsrechtliche Beispiel für ein Zusammenwirken zweier Behörden dürfte der Fall des § 57 Abs. IV GewO 7) sein. Schon das PROVG hatte in einer Entscheidung vom 3.1.1935 8) festgestellt, daß die Gerichte im Zuge des Verwaltungsstreitverfahrens von der Möglichkeit des § 57 Abs. IV GewO von sich aus gar keinen Gebrauch machen können, wenn die Voraussetzung dazu, nämlich die Zustimmung der Obersten Landesbehörde, oder der von ihr be-
- 2) Groebe DVBl 1959 S. 761
- 3) vergl. auch Groetschel DVBl 1959 S. 413 u. Mang I S. 11
- 4) Forsthoff S. 93
- 5) Groebe DVBl 1959 S. 761
- 6) vergl. dazu auch Mörtel Vortrag I S. 10 ff
- 7) siehe I. Abschn. S. 8 Nr. 3, insbesondere dort auch Anm. 4
- 8) Nr. III C 116/34 - RVBl 1935 S. 774

stimmten Behörde, nicht gegeben ist. Damit wurde die Zustimmung der Aufsichtsbehörde zwar nicht *expressis verbis*, wohl aber *de facto* als VA gegenüber dem antragstellenden Gewerbetreibenden gekennzeichnet. Dieser Auffassung folgte später auch der BayVGh in seinem Urteil vom 9.11.1953 1). Er ließ in diesem Urteil eine Untersuchung der Frage, ob die Versagung nach den besonderen Umständen des Falles eine unbillige Härte bedeute, beiseite, weil die nach der gesetzlichen Vorschrift notwendige Voraussetzung der Zustimmung der Regierung nicht vorlag.

- 2) Demgegenüber ist das Bayer. Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr in einer an alle Regierungen gerichteten Ministerialentschließung vom 3.10.1952 2) zum gegenteiligen Ergebnis gekommen. Nach dieser Entschließung ist der Antrag auf Erteilung des Wandergewerbescheins durch die Kreisverwaltungsbehörde 3) abzulehnen, wenn die Regierung 4) die Gründe für eine Ausnahme nicht für gegeben ansieht und ihre Zustimmung versagt. Jeder Bescheid, der einem derartigen Antrag stattgebe oder ihn ablehne, sei ein VA der Kreisverwaltungsbehörde, nicht der Regierung. Die Regierung trete dem Antragsteller gegenüber nicht in Erscheinung. Ihre Zustimmung oder die Versagung der Zustimmung sei ein interner Verwaltungsvorgang, der sich nur an die Kreisverwaltungsbehörde richte, jedoch kein VA mit selbständigen Rechtswirkungen gegenüber dem Antragsteller. Auf dem gleichen Standpunkt stehen Lichtenberger 5) und Landmann-Rohmer 6), Obermayer 7) und Groebe 8).

II. EIGENE STELLUNGNAHME:

1) Rechtsnatur der Zustimmung

- a) Auch in diesem Fall ist davon auszugehen, daß den Gewerbeschein allein die Kreisverwaltungsbehörde erteilt, die nach den verschiedenen Gesichtspunkten der Gewerbeordnung zu prüfen hat, ob die Erlaubnis erteilt werden kann. Auch hier, im Falle des § 57 Abs.IV GewO, wo die Entscheidung von der Zustimmung

1) Nr. 208 VI 52

2) Nr. 6620/ III / 20 b / 87328

3) Nach § 61 GewO ist die Erteilung des Wandergewerbescheins Sache der für den Wohnort des Nachsuchenden zuständigen unteren Verwaltungsbehörde, in Bayern der Kreisverwaltungsbehörde

4) In Bayern sind nach der VO über den Vollzug der GewO v. 7.11.1939 (GVBl S. 309) die Regierungen für die Erteilung der Zustimmung nach § 57 Abs.IV GewO zuständig.

5) Lichtenberger DNotZ 1956 S. 582

6) Landmann-Rohmer Band I Anmerk. 9 zu § 57 GewO

7) Obermayer VA S. 133 f

8) Groebe DVBl 1959 S. 760

der Landesbehörde abhängt, liegt die Entscheidungskompetenz allein bei der dem Bürger offiziell gegenüberstehenden Behörde. Wenn die Wirksamkeit nach außen von der Zustimmung abhinge - und nur dann könnte ein VA bejaht werden -, dann wäre nicht einzusehen, warum dann überhaupt noch eine Einschaltung der Kreisverwaltungsbehörde nötig ist, die dann doch nur den Erfolg hätte, daß der Staatsbürger völlig im Unklaren gelassen würde, wer nun für die Entscheidung zuständig ist und gegen wen er sich mit seiner Beschwerde richten soll. Die schon für den Fall des § 9 Abs. II FStrG aufgestellten Grundsätze des OVG Berlin 1), daß die Sicherheit des Rechtsverkehrs zwischen Bürger und Staat es erfordere, daß die interne Willensbildung des Staates für eine Wirkung nach außen nicht in Betracht komme, daß nur die nach der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung zur Vertretung des Staates bestellte Behörde den VA erlassen könne, müssen auch in diesem ähnlich gelagerten Fall zur Anwendung kommen. Dem entspricht auch der Grundsatz der Einheit der Staatsverwaltung, der bewirkt, daß dem Bürger der Staat als einzige Behörde gegenübertritt, mag auch intern eine Mehrzahl von Behörden am Zustandekommen beteiligt gewesen sein.

- b) Auch nach den allgemeinen Grundsätzen für eine Unterscheidung der Mitwirkungsakte durch Obermayer 2) ist eine andere Entscheidung, als daß ein Verw. int. EA vorliegt, nicht möglich. Obermayer will in seinen Ausführungen das Unterscheidungsmerkmal darin erblicken, "ob die Regelung, auf der die Mitwirkung beruht, einen Rechtsatz, oder eine Organisationsnorm (Verwaltungsvorschrift) darstellt". Im ersten Fall werde das rechtliche Verhältnis zwischen der öffentlichen Gewalt und den von einem bestimmten Hoheitsakt betroffenen Personen berührt, im zweiten Fall gehe es um die Verankerung von Rechten und Pflichten, die nur zwischen Organen der öffentlichen Gewalt bestehen. Dabei erkennt Obermayer sehr richtig, daß es in der Praxis zwar keine allzugroßen Schwierigkeiten bereite, eine Regelung, die schon der Form und dem Verfahren nach als Verwaltungsanweisung ergeht, als interne Anweisung zu beurteilen, daß im Gegensatz dazu jedoch ein förmliches Gesetz oder eine auf gesetzlicher Grundlage beruhende, ordnungsgemäß verkündete Rechts-VO nur ein Indiz, aber kein Beweis dafür ist, daß ein in den Rechtskreis von Personen eingreifender Rechtsatz vorliegt. Vielfach sind nämlich in förmlichen Gesetzen oder RVOen rein innerdienstliche Vorschriften enthalten, die dann genauso wie innerdienstliche Vorschriften zu behandeln sind. In diesen Fällen besteht dann nur die Möglichkeit, die betreffenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen nach ihrem Sinn und Zweck zu beurteilen. Dabei liegt eine Organisationsnorm dann vor, wenn die Mitwirkung das Ziel verfolgt, der den VA formell erlassenden Verwaltungsbehörde lediglich eine Beurteilungsgrundlage für eigene Entscheidung zu geben.

1) DVBl 1959 S. 515

2) Obermayer DVBl 1958 S. 140

Damit ist auch hier wieder der entscheidende Gesichtspunkt herausgestellt. Es muß sich um eine eigene Entscheidung der dem Bürger unmittelbar gegenüber-tretenden Kreisverwaltungsbehörde handeln.

Der Gesetzgeber hat für die Erteilung und Versagung des Wandergewerbe-scheines unzweideutig die Kompetenz der unteren Verwaltungsbehörde und nicht der zustimmenden Aufsichtsbehörde festgelegt. Diese Behörde soll in eigener Verantwortung entscheiden. Auch ist es nicht so, daß bei der Zustimmung im Falle des § 57 Abs. IV GewO eine Entscheidung der Kreisverwaltungsbehörde vor-läge, die in vollem Umfang von der Zustimmung der Regierung erfaßt wird, während im Fall des § 9 Abs. II FStrG die Baubehörde auch noch nach anderen Gesichtspunkten den Bauantrag zu prüfen hat, daß also im Fall des § 57 Abs. IV GewO - die Gebundenheit der Kreisverwaltungsbehörde an die Stellungnahme . der Regierung voraussetzt - formell zwar die nach außen auftretende, untere Verwaltungsbehörde, praktisch aber durch die Gebundenheit an die Zustimmung in allen Punkten doch die Regierung entscheidet, so daß der Kreisverwaltungsbe-hörde nur noch eine Art von Botenfunktion bleibt. Bei der Erteilung des Gewer-bescheins nach § 57 Abs. IV GewO ist zwar in den Fällen des § 57 Abs. I Ziff. 3 GewO die Zustimmung der Obersten Landesbehörde erforderlich, alle anderen Gesichtspunkte, die ebenfalls zu einer Versagung des Wandergewerbescheines führen können, sei es in den Fällen des § 57 Abs. I Ziff. 1, 2, 2a, 4 oder des § 57a GewO hat die Kreisverwaltungsbehörde allein, ohne Mitwirkungsbefugnis irgend einer anderen Behörde, auch neben der Prüfung des § 57 Abs. IV GewO zu be-achten und danach zu entscheiden. Nur im Sonderfall des § 57 Abs. IV GewO, der eine Ausnahme darstellt, soll durch die Mitwirkung der höheren Behörde sichergestellt werden, daß eine möglichst sachkundige und gerechte Entschei-dung ergeht.

2) Bindung der Entscheidungsbehörde an die Zustimmung:

Was die Frage der Gebundenheit der Entscheidungsbehörden an die Ansicht der Zustimmungsbehörde betrifft, so sind hier in diesem gleichgelagerten Falle dieselben Erwägungen anzustellen, wie bei § 9 Abs. II FStrG. Auch hier ist eine feste Bindung der Kreisverwaltungsbehörde an die Entscheidung der Aufsichtsbe-hörde zu fordern, da auch hier die gegenteilige Auffassung - die Kreisverwaltungs-behörde könne auch gegen die Ansicht der Zustimmungsbehörde entscheiden - dazu führen würde, daß an die Stelle des Ermessens der Regierung contra legem das der Kreisverwaltungsbehörde träte 1).

1) so auch Böhm mit Recht für den Fall des § 9 Abs. II FStrG, DÖV 1958 S. 72; vergl. auch Groebe DVBl 1959 S. 761

3. Kapitel: Zusammenfassung

Damit führen im Fall des § 9 Abs.II FStrG und im Fall des § 57 Abs.IV GewO die Überlegungen zum gleichen Ergebnis: Zuständig für die Entscheidung ist jeweils die im Gesetz genannte untere Verwaltungsbehörde, die dem Bürger und Antragsteller gegenüber in Erscheinung tritt.

In der Frage, ob der Wandergewerbeschein in den Fällen des § 57 Abs.I Ziff. 3 GewO noch vor Ablauf der dreijährigen Frist erteilt werden soll, ist die Kreisverwaltungsbehörde an die Entscheidung der Regierung gebunden, was an der Tatsache nichts ändern kann, daß sie für die Erteilung des Gewerbescheins trotzdem in eigener Verantwortung zuständig ist. Nach diesem VA der Kreisverwaltungsbehörde richten sich auch Rechtsmittelbelehrung und Vorverfahren. Die Zustimmungshandlung der Regierung ist ein verwaltungsinterner Einzelakt, der nicht nach außen wirkt.

4. Kapitel: Weitere Beispiele

Auch in den übrigen einschlägigen Fällen, d. h. immer dann, wenn zwei Behörden zusammenwirken, die sich in einem Über- und Unterordnungsverhältnis zueinander befinden, wobei die Zustimmungsvoraussetzungen in Gesetzen und RVOen festgelegt sind, kommt eine Untersuchung zu den gleichen Ergebnissen, ohne daß im Rahmen dieser Arbeit näher darauf eingegangen werden kann, sei es, daß es sich um Art. XIV ZAG 1) handelt 2) 3), sei es, daß § 11 Abs.I EWG 4) gemeint ist.

In gewissen Fällen ist auch die Regelung des § 19 Abs.I NatSchG 5) hier einschlägig. Wenn nämlich durch Ermächtigung die höhere oder untere Naturschutzbehörde Anordnungen im Sinn des § 5 NatSchG treffen kann und diese Ermächtigung nicht, wie es wohl im Regelfall sein wird, durch eine generelle, förmliche Delegation, sondern durch eine Zustimmung zu einem bestimmten VA erfolgt 6), so liegen die gleichen Voraussetzungen, wie bei den oben erwähnten Beispielen vor.

1) vergl. I. Abschn. S. 9 Nr. 4

2) gemäß Art. I, II, III ZAG ist die Kreisverwaltungsbehörde für die Entscheidung zuständig.

3) Schon Laforet (S. 154) erklärt für die alte Fassung des ZAG vom 13. 8. 1910, daß die Ermächtigung nur die Bedeutung habe, daß das Verfahren eröffnet werden dürfe, nicht aber die Bedeutung einer Sachentscheidung darüber, daß die Voraussetzungen der Enteignung überhaupt, oder daß sie in Richtung gegen bestimmte Gegenstände vorliegen. "Die erteilte Weisung des StMdl entzieht sich den Angriffen der Beteiligten. Hat der Abtretungspflichtige Einwände gegen das Unternehmen, so hat er diese im Verfahren über die Anerkennung der Abtretungspflicht vorzubringen".

4) Siehe I. Abschn. S. 9, Nr. 7

5) Siehe I. Abschn. S. 9, Nr. 8a

6) vergl. dazu auch Obermayer BayVBl 1958 S. 205 u. JZ 1956 S. 625 ff

§ 14: Nicht auf gesetzlicher Regelung beruhende Fälle des Zusammenwirkens 1)

1. Kapitel: Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung

I. DIE FÄLLE BACHOFS:

Als Ausgangspunkt für Fälle, in denen ein Zusammenwirken von Verwaltungsbehörden zum Erlaß eines VAes vorliegt, wobei die Mitwirkungsakte nicht vom Gesetz als Voraussetzung für den Erlaß des VAes bestimmt wurden, können wohl die Beispiele Bachofs 2) angesehen werden. Zwar erkennt auch Bachof grundsätzlich an, daß ein innerdienstlicher Akt üblicherweise erst der Umsetzung in einen VA der angewiesenen Stelle bedarf, um eine Außenwirkung zu erzielen 3). Wenn aber eine innerdienstliche Weisung kraft ihrer bloßen Existenz Wirkungen auslöst, die unmittelbar in den Rechtskreis Dritter eingreifen, so sollen diese Akte gleich als VAe beurteilt werden können.

- 1) Diese Voraussetzungen sieht Bachof einmal im Falle des Baustoffverbotes 4) als gegeben an 5). Seiner Meinung nach ist eine solche scheinbar innerdienstliche Weisung, "wenn sie bekannt gemacht wird, oder sich auch nur herumspricht", geeignet, die Bauherren von vorneherein von der Verwendung derartiger Baustoffe abzuhalten. Dazu bedürfe es nicht erst eines besonderen VAes. Schon die Weisung an die nachgeordnete Behörde löse hier diejenigen Folgen aus, die eigentlich einem aufgrund dieser Weisung ergehenden VA vorbehalten seien. Da die Firma vermutlich längst ihren Betrieb hätte einstellen müssen, bevor sie überhaupt Gelegenheit erhalten hätte, das Verbot einer nachgeordneten Behörde anzufechten, sei bereits das innerdienstliche Verbot als VA anzusehen 6).
- 2) Bei der Weisung des Innenministeriums an alle Polizeidienststellen 7) rief die interne Weisung Wirkungen hervor, die durch eine Anfechtung der aufgrund der Weisung ergehenden Einzelakte nicht erfolgreich beseitigt werden könne. Die von der Beschlagnahme Betroffenen müßten zugleich eine Unmenge von Anfechtungsklagen gegen die verschiedensten Körperschaften und vor mehreren Verwaltungsgerichten durchfechten. Auch hier sei daher ein "Umschlag von

1) Über die Frage der Organisationsgewalt der Verwaltungsbehörden vergl. Obermayer VA S. 118 ff und die dort zitierte Literatur

2) Bachof VA S. 309 ff

3) Bachof VA S. 307 f

4) Siehe I. Abschn. S. 11 Nr. 13a

5) vergl. dazu auch das Urteil d. Wttbg. Bad. VGH v. 25. 5. 1950 (DRZ 1950 S. 500f), das sich der von Bachof in DÖV 1950 S. 310 geäußerten Auffassung angeschlossen hat.

6) Bachof VA S. 309

7) Siehe I. Abschn. S. 11 Nr. 13b

innen nach außen" 1) erfolgt, liege also ein VA vor.

II. DIE RUNDERLASSE ZUR VO ÜBER DIE REGELUNG DER BEBAUUNG:

Erwähnenswert in diesem Zusammenhang erscheinen weiterhin die Runderlasse zur VO über die Regelung der Bebauung vom 8.9.1936 über den Anbau an Verkehrsstraßen 2) und vom 19.2.1936 3), die nach ihrer Formulierung eine allgemeine Anweisung und Richtlinie an die Verwaltungsbehörden zur Auslegung einzelner Bestimmungen der Bauregelungs-VO darstellen 4).

III. DIE RECHTSPRECHUNG:

Auch die Rechtsprechung hat sich in mehreren Fällen mit diesem Problem befaßt.

- 1) Im Urteil des Wttbg. Bad. VGH vom 21.9.1951 5) sah das Gericht in der Dienst-anweisung des Obergewerksamtes zunächst eine interne Dienstanweisung, beurteilte sie jedoch dann als VA, weil sie offensichtlich geeignet sei, rechtlich und sachlich Wirkungen gegenüber den betreffenden Gliedern zu erzeugen.
- 2) Im Urteil vom 10.7.1954 6) führte der BGH aus, daß sich das Rundschreiben der staatlichen Baubehörde als ein dem öffentlichen Recht angehörender Akt der Verwaltung darstelle, den die Behörde kraft ihrer Hoheitsgewalt erlassen habe. Trotz der Empfehlung habe das Rundschreiben seinem ganzen Inhalt nach für die nachgeordneten Behörden den Charakter eines bindenden Dienstbefehls.

2. Kapitel: Kritische Stellungnahme

Auch in diesen Fällen muß von der gleichen dogmatischen Grundlage ausgegangen werden, müssen die gleichen Grundsätze zur Beurteilung der einzelnen Handlungen angewendet werden. Soll ein VA vorliegen, so muß eine unmittelbar rechtserhebliche Handlung gegenüber einer außenstehenden Person vorliegen.

- 1) In Anwendung dieser Grundsätze kann das Baustoffverbot des Ministeriums nur als verwaltungsinterner Akt angesehen werden. Die Weisung des Ministeriums bedurfte erst einer Umsetzung in einen Akt der angewiesenen Behörde, um eine Wirkung nach außen zu erzielen. Erst wenn eine der angewiesenen Behör-

1) Bachof VA S. 309, 311

2) siehe I. Abschn. S. 10 Nr. 9a

3) siehe I. Abschn. S. 10 Nr. 9b

4) vergl. dazu auch Stecher DÖV 1960 S. 374 für den Fall des RdE über den Anbau an Verkehrsstraßen

5) siehe I. Abschn. S. 11 Nr. 14

6) siehe I. Abschn. S. 12 Nr. 15

den daraufhin eine Verwendung oder den Verkauf derartiger Baustoffe verboten hätte, läge ein VA, und zwar ein VA der verbietenden Behörde vor, gegen den die betroffene Firma vorgehen könnte. Selbst wenn die Anweisung des Ministeriums sich herumspräche, könnte die Rechtslage nicht anders beurteilt werden. Dadurch, daß von einer innerdienstlichen Maßnahme ein Dritter erfährt, der durch einen daraufhin später ergehenden Akt der angewiesenen Behörde betroffen würde, ändert sich doch nichts an der Rechtsnatur des verwaltungsinternen Aktes. Zutreffend weist Obermayer 1) darauf hin, daß "viele innerdienstliche Weisungen - ebenso wie Planungen des Gesetzgebers - im Falle ihres Durchsickerns unmittelbare Folgen für das Wirtschaftsleben zeitigen, die die Aussichten einer Firma oder eines Industriezweiges steigen oder fallen lassen. Eine unmittelbare Rechts erheblichkeit braucht deshalb von ihnen noch lange nicht auszugehen". Ebenso richtig führt Obermayer an 1), daß auch aus Gründen des Rechtsschutzes kein Bedürfnis für eine derartige Konstruktion besteht, da eine Firma, die durch eine derartige innerdienstliche Weisung nachteilige Folgen für ihren Geschäftsgang befürchtet, ja ohne weiteres sich von der zuständigen Baugenehmigungsbehörde das Verbot der Baustoffverwendung "bestätigen" zu lassen brauche. Dann läge ja ein VA vor, gegen den die Firma dann im Wege des Anfechtungsverfahrens vorgehen könnte. Aber selbst wenn das Ministerium die Anweisung an die nachgeordnete Behörde einer der später betroffenen Firmen förmlich eröffnen würde, könnte dies zu keiner anderen Beurteilung führen, denn immer noch kann die angewiesene Behörde die Ausführung der Anweisung verweigern. Sie kann Gegenvorstellungen erheben, ja sie ist zur Unterlassung des Vollzugs verpflichtet, wenn sie erkennt, daß die obere Verwaltungsbehörde bei ihrer Weisung von unrichtigen Voraussetzungen ausgegangen ist 2). Voraussetzung ist natürlich, daß es sich immer um eine echte Weisung des Ministeriums handelt, nicht um eine eigene unmittelbare Entscheidung, die ja auch evtl. einmal in die Form einer Anweisung gekleidet sein kann (ob sie rechtmäßig erfolgt ist oder nicht, ist dabei wieder eine ganz andere Frage) 3). Die Tatsache der Eröffnung an einen Außenstehenden genügt solange nicht, als nicht auch die übrigen Merkmale eines VAs erfüllt sind. In diesem Sinne entschied auch der BayVGh in seinem Urteil vom 17. 12. 1954 4), wonach die Weisung einer Regierung an die untere Wohnungsbehörde über die Zuteilung einer Wohnung eine innerdienstliche Maßnahme auch dann bleibe, wenn sie dem Anfechtungskläger eröffnet worden sei.

- 2) Ebenfalls nur als innerdienstlicher Rechtsakt kann die erwähnte generelle, polizeiliche Weisung des Innenministeriums an alle Polizeidienststellen angesehen

1) Obermayer VA S. 128

2) BayVGh, Urteil vom 17. 12. 1954, Nr. 96 II 2/49

3) vergl. auch Obermayer VA 129

4) Nr. 96 II 2/49

werden.

- a) Unerheblich für die Rechtsnatur einer innerdienstlichen Weisung muß es sein, daß diese Weisung an mehrere Stellen gleichzeitig erging. Entscheidend dafür, daß ein Akt VA-Qualität erhält, ist einzig und allein die Frage, ob von ihm eine unmittelbare Wirkung nach außen ergeht. Werden Weisungen zugleich an mehrere nachgeordnete Behörden gerichtet, sind sie aber lediglich für diese bestimmt, so tritt naturgemäß kein Umschlag in eine andere rechtliche Kategorie ein. Eine Änderung allein hinsichtlich der Quantität bedeutet noch keine Änderung hinsichtlich der Qualität 1). Ließe man dies zu, so wäre damit der von Rechtsprechung und Lehre herausgebildete Begriff vom VA nicht mehr zu verwenden, die klare dogmatische Grundlage wäre verloren.
- b) Auch in der Weisung selbst kann keine unmittelbare Wirkung gegenüber einem Dritten erblickt werden. Die Anweisung des Innenministeriums bedarf, bevor sie in die Öffentlichkeit tritt, einer Umsetzung in einen weiteren Akt, der sich an den betroffenen Bürger wendet. Die Tatsache, daß dies bei der Vielzahl der VAe, die auf die Weisung des Ministeriums wohl ergehen würden, zu einigen Schwierigkeiten und einer großen Menge von Anfechtungsklagen führen würde, kann jedoch ebensowenig an der Rechtsnatur etwas ändern. Ganz abgesehen davon, daß etwa eine Verbindung mehrerer Anfechtungsklagen möglich wäre, daß unter Umständen von einer einzigen Gerichtsentscheidung eine gewisse (wenn auch nicht vom Gesetz aufgestellte) klärende Wirkung ausgehen wird 2), geht es nicht an, um der praktischen Erleichterung willen oder einer, in manch anderen Fällen sehr zu begrüßenden Zweckjurisprudenz willen von einer klaren begrifflichen Definition abzugehen.
- 3) Wendet man diese Grundsätze auch für die weiteren Fälle an, so muß sowohl für den Fall, den der BGH wegen der Vergabe von Bauaufträgen zu entscheiden hatte 3), als auch für den Fall der Untersagung der Heranziehung bestimmter Gutachter 4) jeweils das Vorliegen eines verwaltungsinternen Einzelaktes angenommen werden. Bei der Vergabe von Bauaufträgen muß die Anweisung der staatlichen Baubehörde, daß einer bestimmten Firma keine Aufträge mehr erteilt werden dürfen, als innerdienstlicher Rechtsakt beurteilt werden. Hier ist, wie in den vorhergehenden Fällen, keinerlei Wirkung nach außen gegeben. Die Firma ist durch die Anweisung der staatlichen Baubehörde an die nachgeordnete Behörde nicht in ihren Rechten verletzt. Zwar könnte auf den ersten Blick dies etwas zweifelhafter erscheinen, als in

1) So auch Obermayer VA S. 128 f

2) So auch Obermayer VA S. 129

3) Vergl. I. Abschn. S. 12 Nr. 15

4) Vergl. I. Abschn. S. 11 Nr. 14

den Fällen, in denen die nachgeordnete Behörde aufgefordert wird, etwas zu tun, denn es könnte eingewendet werden, daß in diesem Fall nur die Anweisung der Oberbehörde erfolgt, die angewiesene Behörde jedoch untätig bleibt. Sie vergibt keine Aufträge mehr an die Firma X, erläßt also selbst keinen VA. Dieser Einwand übersieht jedoch, daß die angewiesene Behörde entweder diese Anweisung als eigene Entschließung der Firma X weitergibt, oder, falls sie dies wirklich unterläßt, sie doch auf die zu erwartenden Anfragen der Firma, warum sie keine Aufträge mehr erhalte, einen Bescheid erläßt, der dann als VA angefochten werden kann. Darüber hinaus ist noch einmal auf die schon erwähnte Tatsache hinzuweisen, daß die angewiesene Behörde mit triftigen Gründen auch eine Anweisung der Oberbehörde ablehnen kann. 1) 2)

- 4) Im Falle der Untersagung der Heranziehung bestimmter Gutachter ist den Gutachtern gegenüber auch noch kein rechtserheblicher Akt ergangen. 3) Die angewiesenen Spruchkammervorsitzenden müßten diesen innerdienstlichen Rechtsakt durch eine Maßnahme gegenüber den Gutachtern erst vollziehen. 4)
- 5) In den Fällen des Runderlasses der VO zur Regelung der Bebauung tritt zu den bereits erörterten Grundsätzen ein weiterer Gesichtspunkt hinzu. Bei beiden Erlassen, auf denen das Zustimmungserfordernis beruht, handelt es sich nämlich um Verwaltungsanweisungen für die Durchführung der Bauregelungs-VO 6), nicht aber um Rechtsverordnungen 7). Diese Verwaltungsvorschrift 8) regelt

1) Vergl. III. Abschn. S. 43

2) Vergl. zu diesem Fall auch Obermayer VA S. 130

3) Dagegen Eyermann-Fröhler S. 185 Anm. 54

4) Ob diese Handlung der Spruchkammervorsitzenden gegenüber den Gutachtern allerdings ein VA oder ein richterlicher Akt ist, wäre einer eigenen Untersuchung wert, die im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht erfolgen kann. Damit hängt auch die Frage zusammen, ob die Anweisung an die Spruchkammervorsitzenden nicht wegen eines gegen elementare rechtsstaatliche Grundsätze verstoßenden Eingriffs in die Unabhängigkeit der Rechtsprechung nichtig ist.

5) Vergl. I. Abschn. S. 10 Nr. 9a u. b

6) So auch die herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum: Entscheidung des BVerwG vom 7. 10. 1954, DÖV 1955 S. 186; VGH Bremen vom 17. 9. 1957, DÖV 1958 S. 380; OVG Münster vom 15. 12. 1949, DVBl 1950 S. 796; Fritsch DVBl 1950 S. 796; Stecher DÖV 1960 S. 374

7) Dies unterstreicht auch die mangelnde Angabe einer gesetzlichen Ermächtigung und die fehlende Verkündung in der für VOen erforderlichen Form (siehe dazu auch Stecher, DÖV 1960 S. 375 Anm. 5, wonach die Angabe der gesetzlichen Ermächtigung auch in damaliger Zeit in VOen des Reichsarbeitsministers üblich waren und VOen nach dem Reichsgesetz vom 13. 10. 1923-RGBI IS. 959-entweder im Reichsgesetzblatt, im Reichsministerialblatt oder im Reichsanzeiger zu verkünden waren, was hier nicht erfolgt ist).

8) Wegen der Übereinstimmung des § 3 der Bauregelungsverordnung mit dem Grund-

lediglich intern das Verfahren der behördlichen Willensbildung, sie setzt aber nicht die mitwirkungspflichtige Behörde in eine unmittelbare Rechtsbeziehung zum antragstellenden Bürger 1). Dazu wäre sie auch nicht in der Lage, "denn sie hat sich im Rahmen der gesetzlichen Zuständigkeitsnormen zu halten und kann nicht ohne ausdrückliche Ermächtigung die vom Gesetz angeordnete Zuständigkeit der Baugenehmigungsbehörde mit Wirkung für den Antragsteller aufspalten und teilweise der höheren Verwaltungsbehörde übertragen" 2). Die Mitwirkung in Form der Zustimmung aufgrund der Erlasse zur VO über die Regelung der Bebauung kann daher schon aus diesem Grunde nur innerdienstliche Wirkungen auslösen, so daß eine Anfechtung der Mitwirkungshandlung durch den Bürger ausscheidet.

§ 15: VAe in gleicher Richtung

An diesem Punkt der Arbeit sind einige Worte über die sogenannten VAe in der gleichen Richtung 3) erforderlich. Obermayer will darunter diejenigen innerdienstlichen Rechtsakte verstanden wissen, die in der Richtung der innerdienstlichen Weisung als VAe zu beurteilen sind. Da dieses Problem hauptsächlich 4)

Fortsetzung der Fußnote 8 von Seite 45:

gesetzt und wegen des Fortbestands der dazu ergangenen Verwaltungsvorschriften nach 1945 vergleiche die zutreffenden Ausführungen von Stecher, DÖV 1960 S. 375 f

- 1) vergl. Obermayer, DVBl 1958 S. 140
- 2) vergl. Stecher, DÖV 1960 S. 377
- 3) vergl. Obermayer, VA S. 135 ff
- 4) Daneben besitzt das Problem des "VAes in der gleichen Richtung" vor allem auch auf dem Gebiete des Beamtenrechts Geltung. Da diese Fälle bei der Bearbeitung dieses Themas nur am Rande liegen und eine eingehendere Untersuchung damit auch eine Behandlung des umfassenden Gebietes der "VAe im besonderen Gewaltverhältnis" (vergl. dazu für viele: Obermayer VA S. 84 ff) erforderte, was über den Rahmen dieser Arbeit hinausginge, können hier nur einige kurze Hinweise erfolgen:
 Auch im Beamtenrecht können VA und innerdienstlicher Rechtsakt zusammenfallen. Die dabei bisher in Rechtsprechung und Schrifttum vielfach vertretene Unterscheidung zwischen innerdienstlicher Maßnahme und in die persönliche Rechtssphäre des Beamten eingreifendem Rechtsakt ist nach einer überzeugenden, neuen Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz vom 12. 10. 1959 (DÖV 1960 S. 350 ff) wohl nicht mehr zu halten. Der Beamte wird "auch dann mehr oder weniger stark in seiner persönlichen Rechtssphäre berührt, wenn die ergangene Anordnung sich in verwaltungsinternen Anordnungen erschöpft" (DÖV 1960 S. 352). Auch bei Bachof (Bachof VA S. 299) klingt dieser Gedanke an, wenn er sagt: "Der Beamte, der eine dienstliche Weisung zur Vornahme einer Amtshandlung gegenüber einem Außenstehenden erhält, wird in der Regel nur

bei Weisungen von Staatsbehörden an die Gemeinden auftritt, sollen diese Rechtsverhältnisse die Grundlagen für die folgende Untersuchung ergeben.

1. Kapitel: Weisungen von Staatsbehörden an Gemeinden

Dabei ist von vornherein zwischen den außerbayerischen Gebieten und der neuen Rechtslage zu unterscheiden, die sich in Bayern seit dem Inkrafttreten der neuen Kommunalgesetze 1) ergeben hat.

I. REGELUNG IN DEN AUSSERBAYERISCHEN GEBIETEN:

In den außerbayerischen Gebieten wird allgemein und unbestritten der auch in der DGO verankerte Grundsatz vertreten, daß Weisungen von staatlichen Aufsichtsbehörden gegenüber Gemeinden und Gemeindeverbänden nur im Bereich von Selbstverwaltungsangelegenheiten den Charakter eines VAes tragen 2). Dagegen wird gegen Anweisungen der Aufsichtsbehörden in Auftragsangelegenheiten grundsätzlich nur die formlose Aufsichtsbeschwerde als zulässig angesehen, während die Erhebung der Anfechtungsklage abgelehnt wird 3).

In Auftragsangelegenheiten werden die Gemeinden lediglich als ausführende Organe des Staates betrachtet, da sie insoweit dem staatlichen Behördenorganismus eingegliedert sind 4).

Auf die Frage einer Abgrenzung anfechtbarer Maßnahmen in Selbstverwaltungsangelegenheiten von nicht anfechtbaren Anordnungen in Auftragsangelegenheiten braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden 5). Da kein Anlaß besteht von der in den außerbayerischen Gebieten bewährten Regelung abzugehen, ergibt sich bei der Abgrenzung von VA und innerdienstlichem Rechtsakt dort keine Schwierigkeit. In diesen Ländern trifft also jede im Bereich des übertragenen Wirkungskreises erlassene staatsaufsichtliche Maßnahme eine Gemeinde nur in ihrer Eigenschaft als staatliches Vollzugsorgan, der innerdienstliche

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 46:

in seiner Eigenschaft als Bestandteil des Staatsapparates angesprochen. Würde er sich mit der befohlenen Handlung aber eines ehrenrührigen Verhaltens schuldig machen, so greift die Weisung zugleich in sein Persönlichkeitsrecht ein, er ist insoweit selbst Außenstehender."

1) GO vom 25. 1. 1952 (GVBl S. 19)

2) Urteil des BGH v. 3. 12. 1953, Verw. Rspr. Bd. 6 Nr. 41 S. 199 ff; vergl. auch Klinger S. 195 f, Eyermann-Fröhler VGG S. 69 u. Obermayer VA S. 143

3) Urteil des LVG Aurich vom 17. 12. 1948, DV 1949 S. 164; Bescheid des OVG Münster vom 9. 10. 1950, MDR 1951 S. 444 ff; Urteil des VG Stuttgart vom 5. 5. 1949, DVBl 1950 S. 246; Urteil des BezVG Hannover v. 13. 8. 1948, Verw. Rspr. Band Nr. 143, S. 463 ff; Klinger S. 195 f; Eyermann-Fröhler VGG S. 69, Obermayer VA S. 143

4) Urteil des Bez. VG Hannover vom 13. 8. 1948, Verw. Rspr. Bd. 1, Nr. 143 S. 463 ff

5) vergl. dazu Obermayer VA S. 136 f und das dort zitierte Urteil des OVG Münster

Rechtsakt bleibt im Rahmen des gleichen Verwaltungsträgers, er äußert also keine Wirkung gegenüber einer anderen Person.

II. REGELUNG IN BAYERN:

Für das geltende bayerische Kommunalrecht ist durch die GO von 1952 ein neuer Rechtszustand, ein entscheidender "Strukturwandel" 1) eingetreten.

1) Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung

- a) Der BayVGh hat in seinem Urteil vom 23.8.1954 2) den Grundsatz aufgestellt, daß auch gegen Weisungen der Fachaufsicht der Verwaltungsrechtsschutz gegeben sei. Er stützte diese Auffassung auf Artikel 109 Abs.2 GO. Nach dieser Vorschrift erstreckt sich in Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises die staatliche Aufsicht zwar auch auf die Handhabung des gemeindlichen Verwaltungsermessens (Fachaufsicht). Maßnahmen der Fachaufsicht sind jedoch auf die Fälle zu beschränken, in denen das Wohl der Allgemeinheit oder berechnigte Ansprüche einzelner eine Weisung oder Entscheidung zwingend erfordern. Der VGh ist nun der Ansicht, daß aus dieser Änderung der Rechtslage nicht nur ein Reflexrecht (gemeint ist wohl Rechtsreflex) entstanden sei. Das objektive Recht habe nicht lediglich die Verpflichtung der Staatsaufsichtsbehörden zu einem bestimmten Verhalten festgelegt, ohne gleichzeitig der Gemeinde einen Rechtsanspruch auf dieses Verhalten einzuräumen. 3) Vielmehr sei der Gemeinde ein Recht darauf verliehen, daß sie ein fachaufsichtliches Eingreifen über den in der Gesetzesstelle gezogenen Rahmen hinaus abwehren könne.
- b) Obermayer geht am weitesten, wenn er ausführt, daß die Gemeinden dem Staate immer als eigenständige Rechtssubjekte gegenüberstehen, ganz gleich um welche Tätigkeit es sich handle 4). Es liege eine völlige Verselbständigung der Gemeinden vor, die deren bisherige Doppelrolle als verlängerter Arm des Staates (im übertragenem Wirkungskreis) und als eigenständige Rechtssubjekte (im eigenen Wirkungskreis) beende. Dies müßte auch für die Fälle gelten, in denen die Gemeinden aufgrund der allgemeinen Zuständigkeitsordnung in den behördlichen Instanzenzug eingeschaltet sind. Alle unmittelbar rechtserheblichen Einzelakte der Staatsaufsicht gegenüber den Gemeinden träfen also stets eine andere Person und erwiesen sich darum als VAe, falls sie nicht im Rechtsetzungsverfahren ergingen. Diese Ansicht gründet Obermayer auf Artikel 118 GO, aus dem zu entnehmen sei, daß aufsichtliche Maßnahmen VAe sein können, sowie auf Artikel 120 GO, worin Verfügungen von Staatsbehörden,

1) vergl. Urteil des BayVGh v. 23.8.1954, BayVB1 1955 S.25 f

2) BayVB1 1955 S.25 f

3) Mit Hinweis auf Eyermann-Fröhler VGG, Anhang zu § 35 V 2a

4) Obermayer VA S.44 f

gegen die das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren und damit die Anfechtungsklage eröffnet ist, schlechthin in zwei Gruppen eingeteilt seien, nämlich in Angelegenheiten des eigenen und des übertragenen Wirkungskreises. Kein Unterschied sei dagegen im Verfahren zwischen Fällen der Fachaufsicht und der Rechtsaufsicht gemacht.

- c) Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Masson 1) ein. Grundsätzlich erkennt er fachaufsichtliche Maßnahmen als VAe an, weil sie an eine andere Körperschaft des öffentlichen Rechtes gerichtet seien. Kein VA liege jedoch in den Fällen vor, in denen "die Gemeinden kraft gesetzlicher Regelung mit instantiellen Entscheidungen betraut und dadurch in den behördlichen Rechtszug eingeschaltet sind" 2). Weiter sei eine Anfechtungsklage (das Vorliegen eines VA vorausgesetzt) nur dann möglich, "wenn entsprechend dem allgemeinen Erfordernis des Verwaltungsrechtsschutzes eine Verletzung gemeindlicher Rechte gegeben ist" 3). Als Grundlage solcher Rechte sieht Masson neben Artikel 1 Satz 1 GO 3) vor allem Artikel 116 Abs. 1 Satz 3 GO 4). Nach der ersten Vorschrift haben die Gemeinden die örtlichen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze zu ordnen und zu verwalten. Die zweite Bestimmung stellt ausdrücklich fest, daß die Fachaufsichtsbehörden unbeschadet der Entscheidung über Beschwerden nur zu solchen Eingriffen befugt sind, die durch ihr Informations- und Weisungsrecht gedeckt sind.

Im Gegensatz zum BayVGH sieht Masson jedoch Artikel 109 Abs. 2 Satz 2 GO nicht als geeignete Klagestütze an 4). Zwar handle es sich hierbei um eine gesetzliche Verpflichtung der Fachaufsichtsbehörden und nicht etwa nur um eine in Gesetzesform gekleidete Verwaltungsanweisung, es sei aber nicht ohne weiteres klar, daß der Gesetzgeber mit dieser vom bisherigen Rechtszustand völlig abweichenden Regelung auch ein verwaltungsgerichtlich verfolgbares, subjektives Recht der Gemeinden schaffen wollte. Er trägt auch Bedenken, ob die dadurch bedingte Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse im Zuständigkeitsbereich einer kreisfreien Stadt einerseits und eines staatlichen Landratsamtes andererseits mit dem verfassungsmäßigen Gleichheitssatz vereinbar ist 5). Denn der in einer kreisfreien Stadt lebende Staatsbürger sei gegenüber der in einer kreisangehörigen Gemeinde wohnhaften - und damit dem Landratsamt als Staatsbehörde unterstellten - Person schlechter gestellt, da er sich die stark eingeschränkte Nachprüfung ihm ungünstiger Ermessensentscheidungen gefallen lassen und Komplikationen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hinnehmen müsse 6). Da-

1) Masson S. 10 ff

2) Masson S. 10

3) Masson S. 11

4) Masson S. 12

5) Masson S. 45

6) vergl. auch Masson BGZ 1954 Nr. 20 S. 3

mit sei die Möglichkeit einer Anfechtungsklage auszuschließen, wenn eine Gemeinde nur einen Verstoß gegen Artikel 109 Abs. 2 GO rüge, ohne Überschreitung des sachlichen Zuständigkeitsbereiches der Fachaufsichtsbehörde oder einen Eingriff in ihren eigenen Wirkungskreis geltend zu machen 1).

2) Kritische Stellungnahme:

Bei Beurteilung der eben erwähnten Auffassungen ist grundsätzlich der einheitliche Kern festzustellen, daß sich der gemeindliche Verwaltungsrechtsschutz gegenüber staatsaufsichtlichen Maßnahmen nicht mehr auf den eigenen Wirkungskreis beschränkt 2). Bestritten ist nur, wie weit er auch den übertragenen Wirkungskreis erfaßt. Im wesentlichen ist Obermayer zu folgen, wenn er sagt, daß die Gemeinden dem Staat immer als eigenständige Rechtssubjekte gegenüberstehen, sie also nicht organische Bestandteile des gleichen Rechtssubjektes sind. Daraus folgt aber nicht unbedingt, daß in jedem Fall nun auch der Gemeinde gegenüber ein anfechtbarer VA ergeht. Obermayer widerspricht sich in dieser Hinsicht selbst, wenn er nämlich einige Seiten vorher 3) erklärt: "Sind nun die erlassende und die betroffene Behörde nicht organische Bestandteile desselben Rechtssubjekts, so ist damit noch nicht gesagt, daß das Merkmal der unmittelbaren Rechtserheblichkeit gegenüber einer anderen Person erfüllt ist. Es muß vielmehr hinzukommen, daß das durch die betroffene Behörde repräsentierte Rechtssubjekt auch im Hinblick auf die in Frage stehende Tätigkeit die Stellung einer eigenständigen Person besitzt". Gerade wenn die Gemeinde aufgrund der allgemeinen Zuständigkeitsordnung in den behördlichen Instanzenzug eingeschaltet ist, tritt sie nicht als eigenständige Person der den Beschwerdebescheid erlassenden Behörde gegenüber, sie ist "in den behördlichen Rechtszug des Staates eingeschaltet" 4) und somit ein Teil des Staates. Dies hat in seinem neuesten, noch unveröffentlichten Urteil vom 16.2.1960 5) der BayVGh mit aller Deutlichkeit bestätigt. In der zugrundeliegenden Klage hatte die kreisfreie Stadt T den auf die Beschwerde der Beigeladenen B von der Regierung von Oberbayern erlassenen Beschwerdebescheid, durch den der Beschluß des Stadtrates von T abgeändert wurde, mit einer Klage vor dem VG angefochten. In dem angeführten Urteil erklärt das Gericht u. a.:

"Die Klägerin ist in dem Verwaltungsverfahren, das dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorausging, als Kreisverwaltungsbehörde im übertragenen Wirkungskreis auf dem Gebiete des Baurechts tätig geworden. Als solche hat

1) Masson S. 44

2) vergl. Obermayer VA S. 143

3) Obermayer VA S. 141

4) Masson S. 10

5) Nr. 6 I 54

sie dagegen, daß die von ihr zur Erledigung der Baugesuche der Beigeladenen getroffenen Entscheidungen von der Regierung aufgehoben bzw. geändert worden sind, keinen Rechtsschutz im Wege der Erhebung der Anfechtungsklage zu den Verwaltungsgerichten ... Die Meinung der Klägerin, der Beschwerdebescheid sei eine aufsichtliche Verfügung und deshalb ein von ihr anfechtbarer VA, trifft nicht zu. Dieser Bescheid enthält nur die auf die von der Beigeladenen B gemäß § 77 BayBO, § 48 Abs. II VGG, Art. 6a Abs. 1 AVVGG erhobene Beschwerde zu treffende Entscheidung; er spricht im Entscheidungssatz nichts aus, was gegenüber der Klägerin über den durch diese Beschwerde gezogenen Rahmen hinausgehen würde ... Da sich die Stadt T sonach lediglich als erste Verwaltungsinstanz gegen den ihre Verwaltungsentscheidung aufhebenden bzw. ändernden Beschwerdebescheid der Regierung, also nicht gegen einen ihr gegenüber ergangenen VA wendet, erweist sich ihre Klage als unzulässig."

Zu weit geht jedoch Masson, wenn er daneben auch auf Art. 109 Abs. 2 Satz 2 GO gestützte Klagen für unzulässig erklärt, indem er den Gemeinden in dieser Beziehung kein subjektives öffentliches Recht zugesteht. Hier hat, wie Obermayer 1) richtig erkannt hat, Art. 118 und 120 GO eine eindeutige Regelung im Sinne des Urteils des BayVGh vom 23. 8. 1954 2) getroffen.

Somit erweisen sich alle rechtserheblichen Einzelakte der Staatsaufsicht gegenüber den Gemeinden als VAe, soweit die Gemeinden nicht aufgrund der allgemeinen Zuständigkeitsordnung in den behördlichen Instanzenzug eingeschaltet sind, und soweit die Akte nicht im Rechtsetzungsverfahren ergehen. Darin liegt auch, um wieder zum Ausgangspunkt des Abschnitts zu kommen, die Doppelnatur derartiger Maßnahmen. Der Akt, der als VA der Gemeinde gegenüber zu beurteilen ist, ist im Verhältnis zum Staatsbürger eine unanfechtbare innerdienstliche Maßnahme, ein verwaltungsinterner Einzelakt. Insoweit können sich die Definitionen von VA und verw. int. EA nicht gegenseitig ausschließen, da, obwohl die gleiche Tätigkeit, ihre Richtung verschieden ist.

2. Kapitel: Allgemeine Folgerung

Wenn auch die eben gezeigten Unterschiede speziell auf den Fall der Weisungen von Staatsbehörden an Gemeinden gemünzt waren, so läßt sich daraus doch ein wichtiger, allgemeiner Grundsatz ableiten.

Die auch für alle anderen hier zu untersuchenden Fälle wichtige Frage, wann und wie sich die angewiesene Behörde gegen Akte der anweisenden Behörde zur Wehr setzen kann, läßt sich nach dem Gesagten dahingehend lösen, daß eine Anfechtungsklage der angewiesenen Behörde nur in den seltenen Fällen möglich ist,

1) Obermayer VA S. 144

2) BayVB1 1955 S. 25 f

in denen die Anweisung ein eigenständiges Rechtssubjekt trifft. Da fast alle Anweisungen innerhalb der Staatseinheit an einzelne Behörden ergehen, kommen für eine Anfechtungsklage also lediglich die Weisungen an Gemeinden, Universitäten oder sonstige selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts in Frage 1), da in allen anderen Fällen ein VA begrifflich unmöglich ist. Eine formelle Möglichkeit für die untere Staatsbehörde, gegen Maßnahmen der höheren Behörde vorzugehen, besteht daher nicht. Das nimmt ihr allerdings noch nicht die Möglichkeit, im verwaltungsinternen Verkehr der anweisenden Behörde gegebenenfalls ihre Bedenken vorzutragen, denen sich, wenn sie begründet sind, diese in der Regel nicht verschließen wird. Ein Recht etwa im Sinne einer formellen Anfechtung besteht jedoch nicht. Die äußerste Möglichkeit wäre eine formlose Aufsichtsbeschwerde.

2. UNTERABSCHNITT

VA und Verw.int.EA im Verhältnis von nicht abhängigen Behörden zueinander und gegenüber Dritten

§ 16: § 49 Abs. 1 S. 2 KWG

Mehrfach behandelt in Rechtsprechung und Literatur ist für den Fall eines Zusammenwirkens zweier, voneinander unabhängiger Behörden die Frage, ob die Verweigerung der Zustimmung durch die Bankenaufsichtsbehörde (§ 49 Abs. 1 Satz 2 KWG) 2) ein anfechtbarer VA oder ein verwaltungsinterner Vorgang ist. Dieses Beispiel soll daher in erster Linie für eine Untersuchung herangezogen werden.

1. Kapitel: Problemstellung

Das BVerwG hatte sich in seiner Entscheidung vom 10.7.1958 3) damit zu befassen. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die klagende Stadt- und Kreissparkasse betrieb in K eine Nebenzweigstelle. Ihr Antrag auf Umwandlung der Nebenzweigstelle in eine Hauptzweigstelle wurde von der Kommunal- und Sparkassenaufsichtsbehörde abgelehnt, weil die Bankenaufsichtsbehörde ihre Zustimmung mangels eines gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisses verweigert hatte.

Der VGH hob die Entscheidungen der Kommunal- und der Bankenaufsichtsbehörde auf und verpflichtete die Bankenaufsichtsbehörde, ihr Einvernehmen zu erteilen.

Die Revision des Freistaates Bayern wurde im wesentlichen zurückgewie-

1) Natürlich müssen für eine Anfechtungsklage daneben auch die übrigen VA-Merkmale vorliegen

2) siehe I. Abschn. S. 9 Nr. 6

3) I C 195/56, BayVB1 1959 S. 88 = NJW 1959 S. 590

sen. Das Urteil des VGH wurde aber insoweit aufgehoben, als es die Entscheidungen der Bankenaufsichtsbehörde aufgehoben und diese zur Erteilung ihres Einvernehmens verpflichtet hatte.

- 1) In diesem Verfahren hatten die Verwaltungsbehörden die Auffassung vertreten, daß nur die Entscheidung der zur Erlaubniserteilung formell zuständigen Behörde, d. h. der Regierung, anfechtungsfähig sein könne. Das Schreiben des Staatsministeriums der Finanzen, als damaliger Bankenaufsichtsbehörde an das Staatsministerium des Innern, mit dem die Zustimmung zur Erteilung der Erlaubnis für die Umwandlung der Zweigstelle gemäß §§ 4 Abs. 1 b, 19 Abs. 1 Satz 2 KWG versagt wurde, könne, weil kein VA, für sich allein nicht Gegenstand eines Anfechtungsverfahrens vor den Verwaltungsgerichten sein. Dabei spiele es keine Rolle, daß der Zustimmung der Bankenaufsichtsbehörde eine entscheidende Bedeutung zukomme, weil ohne diese Zustimmung die Erlaubnis nicht erteilt werden könne. Bei Ablehnung des Einvernehmens durch die Bankenaufsichtsbehörde müsse der Antrag abgelehnt werden, ohne daß es einer weiteren Begründung bedürfe.
- 2) Das Staatsministerium des Innern vertrat vermittelnd die Auffassung, daß im Hinblick auf das fehlende Einvernehmen der Bankenaufsichtsbehörde die beantragte Erlaubnis zwar habe abgelehnt werden müssen, daß aber nunmehr im Anfechtungsverfahren zu prüfen sei, ob die Bankenaufsichtsbehörde zur Versagung des Einvernehmens berechtigt gewesen sei, weil das antragstellende Kreditinstitut bei Erfüllung der im § 4 KWG genannten Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Erlaubniserteilung habe. Für sich allein könne allerdings die Versagung des Einvernehmens nicht angefochten werden, weil sie kein VA sei, sondern nur eine Äußerung von Behörde zu Behörde.
- 3) Der Leitsatz des VGH-Urteils läßt klar die Auffassung dieses Gerichts erkennen: "Verweigert die (an die Stelle des früheren Reichswirtschaftsministers getretene) Bankenaufsichtsbehörde gemäß § 49 Abs. 1 KWG gegenüber der Sparkassenaufsichtsbehörde ihr Einvernehmen zu der von dieser beabsichtigten Erteilung einer Erlaubnis nach § 3 KWG oder Art. 1 der ersten DVKWG und versagt daraufhin die Sparkassenaufsichtsbehörde die Erlaubnis, so handelt es sich um einen gemeinsamen VA beider Behörden. Hat die Anfechtungsklage Erfolg, so sind daher die Versagung der Erlaubnis und die Verweigerung des Einvernehmens aufzuheben. Bei Spruchreife ist die Bankenaufsichtsbehörde zur Erteilung des Einvernehmens und die Sparkassenaufsichtsbehörde zur Erteilung der Erlaubnis zu verpflichten. Doch richten sich auch in einem solchen Fall das Vorverfahren, sowie Form und Frist der Klageerhebung und die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte danach, welche Behörde unmittelbar dem Anfechtungskläger gegenüber tätig geworden ist."

Bei der rechtlichen Beurteilung der Mitwirkung der Bankenaufsichtsbehörde ge-

langt der VGH zu folgendem Ergebnis:

"Diese Mitwirkung der anderen Behörde stellt also nicht nur einen verwaltungsinternen Vorgang dar, sondern ist für das Tätigwerden der nach außen hin handelnden Behörde rechtserheblich, aber auch für die von der Entscheidung Betroffenen. Nach Auffassung des Senats bilden daher auch in einem solchen Fall die Erklärung der einen Behörde an die andere und die Erklärung der letzteren an den Betroffenen zusammen den VA, so daß der Betroffene beide, wenn auch nur gemeinsam anfechten kann". 1)

Der in solchen Fällen verschiedentlich vertretene Auffassung, nur die an den Betroffenen gerichtete Erklärung sei der anfechtbare VA, doch könne und müsse das Gericht auch die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der kraft Gesetzes mitwirkenden Behörde mitüberprüfen 2), stehe die Tatbestandswirkung verwaltungsbehördlicher Entscheidungen entgegen, an die auch das VG gebunden sei, wenn es sie nicht als angefochtene VAe aufhebe 3):

"Hat eine Behörde eine beantragte Genehmigung wegen des fehlenden Einverständnisses einer anderen Behörde, von deren Zustimmung kraft Gesetzes die Erteilung der Genehmigung abhängt, abgelehnt, so ist die Ablehnung solange rechtmäßig, als die ablehnende Erklärung der zustimmungsberechtigten Behörde vorliegt, und das Gericht kann die Ablehnung der Genehmigung nur aufheben, wenn es auch die Ablehnung der Zustimmung aufhebt, was es aber wiederum nur kann, wenn auch diese ablehnende Erklärung der zustimmungsberechtigten Behörde ein VA oder wenigstens der Teil eines solchen ist."

Weiter stehe dieser Auffassung entgegen, daß die Möglichkeit eines Verpflichtungsausspruches nach § 79 Abs.3 VGG gegenüber der nach außen handelnden Behörde scheitere, wenn nicht gleichzeitig auch die zustimmungsberechtigte Behörde zur Erteilung ihrer Zustimmung verpflichtet werden könne. Auch das setze wiederum voraus, daß auch die Entscheidung der letzteren Behörde ein VA oder wenigstens ein Teil eines solchen sei.

Schließlich widerspreche der Auffassung, daß nur die an den Betroffenen gerichtete Erklärung der anfechtbare VA sei, die Tatsache, daß dann, wenn die nach außen auftretende Behörde und die zustimmungsberechtigte Behörde verschiedenen Körperschaften angehörten, nur der Träger der erstgenannten Behörde Anfechtungsgegner sei. Bei der gleichberechtigten Stellung der anderen Behörde handle es sich um eine notwendige Streitgenossenschaft auf der Beklagtenseite. Es sei nicht vertretbar den Träger der anderen Behörde im We-

1) Nur das Verfahren richte sich nach der an den Betroffenen gerichteten Erklärung.

2) Mit Hinweis auf Urteil des VGH Bebenhausen vom 28. 9. 1955 in "Die Sparkasse" 1955, S. 364; Urteile des BVerwG v. 26. 9. 1954, NJW 1954 S. 1662 u. v. 10. 5. 55, NJW 1955, S. 1530

3) Mit Hinweis auf Forsthoff S. 93

ge der Beiladung in das Verfahren einzuführen. Gegenstand der Anfechtungsklage sei daher in einem derartig gelagerten Fall die Entscheidung der nach außen auftretenden Behörde und die Entscheidung, die die zustimmungsberechtigte Behörde dieser gegenüber getroffen hat.

2. Kapitel: Kritische Stellungnahme

Das BVerwG hat sich in der erwähnten Entscheidung der Auffassung des BayVGh zu Recht nicht angeschlossen. Es muß ihm gefolgt werden, wenn es die Regelung des § 49 KWG dahin auslegt, daß diese keine Aufteilung der Aufgaben bei der Entscheidung über die Erlaubniserteilung zwischen der Bankenaufsichtsbehörde und der Kommunalaufsichtsbehörde zum Ziel habe. Diese Rechtsprechung liegt genau in der Richtung der Grundsätze, die in dieser Arbeit schon im Falle des § 9 Abs. II FStRG aufgestellt wurden 1).

Die Bindung der Kommunalaufsichtsbehörde will nach der richtigen Ansicht des BVerwG nur sicherstellen, daß die besonderen Erfahrungen der Bankenaufsichtsbehörde, insbesondere ihr Überblick über den gesamten Kreditapparat, bei der Erlaubniserteilung zur Geltung kommen. Nicht aber sollte die Prüfungsbefugnis der Kommunalaufsichtsbehörde bei der Erlaubniserteilung beseitigt werden. Dies zeigt schon die Regelung des § 49 KWG selbst, die lediglich Genehmigungen, nicht aber die Ablehnung von Anträgen auf Erlaubniserteilung der Zustimmung der Bankenaufsichtsbehörde unterwirft. Das KWG räumt zwar im Zulassungsverfahren den kreditpolitischen Interessen einen absoluten Vorrang gegenüber kommunalpolitischen Gesichtspunkten ein und hat deshalb die Erlaubniserteilung an die Zustimmung der Bankenaufsichtsbehörde gebunden. Richtig folgert das Gericht, im Gegensatz zum BayVGh, daraus jedoch, daß der Sparkassenaufsichtsbehörde damit aber nicht die Verpflichtung abgenommen sei, die Frage, ob Versagungsgründe vorliegen, in vollem Umfang selbst zu prüfen und gegebenenfalls die Erlaubnis auch aus Gründen zu versagen, deren Geltendmachung in erster Linie durch die Bankenaufsichtsbehörde zu erfolgen hat. Diese Möglichkeit ist weder *expressis verbis*, noch auch dem Sinne nach ausgeschlossen. Das bedeutet freilich andererseits nicht, daß die mitwirkende Behörde nur einen Ratschlag erteilen soll 2). Nach außen jedenfalls soll nur die Sparkassenaufsichtsbehörde in Erscheinung treten. Die Verweigerung der Zustimmung durch die Bankenaufsichtsbehörde ist damit ein behördeninterner Vorgang 3). Die Bedenken des BayVGh, daß das Gericht die Kommunalaufsichtsbehörde in einem Fall, in dem die Bankenaufsichtsbehörde

1) Das heißt freilich nicht, daß in allem unbesehen die Grundsätze für die Beurteilung des Zusammenwirkens gleichgeordneter Behörden von den Fällen übernommen werden können, in denen die Aufsichtsbehörde mitwirkt

2) vergl. Groebe DVBl 1959 S. 760 mit Hinweis auf Kratzer BayVBl 1959 S. 90

3) So ausdrücklich das BVerwG in der zitierten Entscheidung. Ebenso zustimmend Mörtel Vortrag II S. 44 ff

einer Zulassung widersprochen hat, zur Vornahme einer Handlung verpflichtet, die ihr ohne das Vorliegen der Zustimmung ausdrücklich verboten ist, widerlegt das BVerwG damit, daß es sich auf den Standpunkt stellt, daß das Erfordernis der Zustimmung nicht um seiner selbst willen, sondern im Interesse einer einheitlichen Handhabung des Gesetzes geschaffen worden sei. Außerdem könne es für die Entscheidung über den Zulassungsanspruch im Sinne des § 49 KWG nur auf die materielle Rechtslage ankommen, die vom Gericht zu überprüfen sei. Im Rahmen dieser Untersuchung habe das Gericht auch zu prüfen, ob die Bankenaufsichtsbehörde bei der Entscheidung beteiligt worden ist und ob die von ihr erhobenen Einwände gerechtfertigt sind.

Neben diesen zutreffenden Ausführungen des BVerwG muß die weitere Behauptung dieses Gerichts, es bedürfe im Verfahren keiner formellen Beteiligung der Bankenaufsichtsbehörde, da das Gericht die Stellungnahme der Bankenaufsichtsbehörde im Rahmen des gegen die Kommunalaufsichtsbehörde angestregten Rechtsstreits überprüfe und es nur auf die materielle Rechtslage ankomme, einer genaueren Untersuchung, die aber in einem späteren Abschnitt erfolgen soll 1).

§ 17: Mitwirkungsrechte im Naturschutzrecht

Wenn auch im Naturschutzrecht die Diktion des Gesetzgebers nicht die gleiche ist, wie in den bisher behandelten Fällen, so lassen sich im Prinzip die gleichen Grundsätze dennoch anwenden.

1) Nach § 19 Abs. I NatSchG 2) kann die oberste (und mit ihrer Ermächtigung die höhere oder untere) 3) Naturschutzbehörde im Benehmen mit den Beteiligten Anordnungen im Sinne des § 5 NatSchG auch in Form von VAen (vergl. Abs. II) treffen. "Im Benehmen" bedeutet der Wirkung nach hier das gleiche, wie wenn eine Zustimmung vorgeschrieben wäre. Einerseits schreibt "Benehmen" die Übereinstimmung beider Behörden zwingend vor, andererseits ist die Annahme, es lägen etwa zwei VAe vor, ebenfalls abzulehnen. Dagegenspricht eindeutig der Wortlaut, der erkennen läßt, daß nur an eine einheitliche Entscheidung gedacht war. Ebenfalls scheidet eine Mitwirkung in der Form aus, daß die oberste Naturschutzbehörde und die beteiligten Behörden gemeinsam den VA erlassen. Zuständig für die Entscheidungen in Naturschutzangelegenheiten sind die Naturschutzbehörden. Wenn das auch eine Beteiligung anderer Behörden nicht ausschließt, so hindert es doch eine Mitentscheidungsbefugnis.

2) Nach § 20 NatSchG 4) sind alle Staats- und Kommunalbehörden verpflichtet,

1) Siehe VI. Abschn. S. 103 ff

2) Siehe I. Abschn. S. 9 Nr. 8a

3) vergl. darüber III. Abschn. S. 40

4) siehe I. Abschn. S. 10 Nr. 8b

vor Genehmigungen, die Belange des Naturschutzes betreffen könnten, die zuständigen Naturschutzbehörden rechtzeitig - d.h. gemäß § 14 Abs.I der VO zur Durchführung des NatSchG 1) so, daß den Belangen des Naturschutzes Rechnung getragen werden kann - zu beteiligen. Wird eine Einigung nicht erzielt, so entscheidet gemäß § 14 Abs.II DVO NatSchG die zuständige oberste (Reichs-) Behörde im Benehmen mit der obersten Naturschutzbehörde.

Auch hier entscheidet sowohl im Falle des § 20 NatSchG wie in § 14 Abs.II DVO NatSchG die Naturschutzbehörde bzw. die oberste (Reichs-) Behörde allein dem Bürger gegenüber, wobei sie in beiden Fällen nicht in ihren Entscheidungen völlig unabhängig sind, sondern auf die Beteiligung bzw. das Einvernehmen anderer Behörden angewiesen sind.

§ 18: Weitere Fälle

Einfacher noch sind die Fälle zu entscheiden, in denen das Gesetz selbst eine Formulierung gebraucht, die von vorneherein den Schluß zuläßt, daß der Handlung der beteiligten Behörde nach außen geringere Bedeutung zugemessen wird. Zwar ist die Ausdrucksweise des Gesetzgebers im öffentlichen Recht und speziell auf dem Gebiete der Mitwirkung mehrerer Behörden meist nicht derartig klar, wie etwa im Zivilrecht, so daß für ein und dieselbe Handlung in verschiedenen Erscheinungsformen nicht immer ein einheitlicher Begriff vorliegt, dafür ist dieses weitverzweigte Rechtsgebiet noch zu wenig koordiniert, zu wenig ausgeglichen. Daß aber zwischen "Genehmigung" und "Zustimmung" einerseits und "Anhörung", "Gutachten" und "Erinnerung" andererseits nicht nur ein verbaler, sondern vielmehr ein gradueller Unterschied liegt, kann nicht übersehen werden. Selbst wenn man prinzipiell nicht geneigt ist, vom Wort her einen derartigen Unterschied zuzugestehen, so muß dieser Auffassung doch beigetreten werden, wenn man die zugrunde liegenden Fälle betrachtet.

1) In § 68 BO 2) sind bei den nachfolgenden Bauführungen die betreffenden Behörden "mit ihren Erinnerungen zu hören". Hier ist klar, daß alleinige Entscheidungsbefugnis der Baubehörde zusteht und den beteiligten Behörden lediglich die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, auf nach ihrer Meinung wichtige Gesichtspunkte hinzuweisen. Die Erinnerungen sind nur innerdienstliche Vorgänge, deren Zweck darin besteht, der Baugenehmigungsbehörde eine Beurteilungsgrundlage für ihre Entscheidung zu geben 3). Daß maßgebend die Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde ist und diese nicht an die Stellungnahme der anderen Behörde gebunden ist, ergibt sich klar aus § 68 Abs.II BO: "Wenn den Erinnerungen der vorausgeführten Behörden nicht entsprochen wird, so ist ihnen

1) siehe I. Abschn. S. 10 Nr. 8b

2) siehe I. Abschn. S. 11 Nr. 10a

3) Englert-Mang S. 255

von dem betreffenden Beschlusse zur Wahrung des Beschwerderechts Kenntnis zu geben." Die in § 68 BO erwähnten Behörden haben "mit ihrem Erinnerungsrecht kein eigenes Recht gegen die Baumaßnahmen geltend zu machen" 1).

- 2) In gleicher Weise enthält § 70 BO 2) nur eine innerdienstlich verpflichtende Ordnungsvorschrift, wobei keiner der Beteiligten ein subjektives öffentliches Recht auf Einhaltung hat 3). Auch hier kann weder aus dem Wortlaut ("Gutachten der einschlägigen Medizinalbehörde"), noch aus dem Sinn der Vorschrift eine andere Deutung vertreten werden. Die Beteiligung der Medizinalbehörde soll lediglich sicherstellen, daß Fragen des Gesundheitswesens Beachtung finden, wenn die Baubehörde über einen Bauantrag entscheidet. An der unbeschränkten eigenen Entscheidungsbefugnis ändert das nichts.
- 3) Aus den gleichen Gründen können nur als innerdienstliche Maßnahmen betrachtet werden das Gutachten der Ortsplanungsstelle im Fall der ME vom 23. 7. 1940 zum Vollzug des § 3 der VO über die Regelung der Bebauung vom 15. 2. 1936 4), die Anhörung der Ortspolizei und der Gemeindebehörden im Fall des § 30 Abs. II GewO 5) sowie die Anhörung der in Absatz I des § 9 der VO zur Durchführung des Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande vom 26. 3. 1935 erwähnten Stellen 6).

3. UNTERABSCHNITT

Gleichberechtigte Stellung zweier Behörden beim Erlass eines VAes

§ 19: § 5 Abs. 2 FVG

Völlig verschieden von den bisher behandelten Fällen ist das Zusammenwirken zweier Behörden in § 5 Abs. 2 FVG 7) und in gewissem Sinn auch in § 10 Abs. 2 FVG 8).

Während in allen anderen bisher behandelten Beispielen eine Behörde den VA erläßt und eine (oder mehrere) weitere Behörde durch Zustimmung oder Gutachten daran teilnimmt, hat § 5 Abs. II FVG "den Grundsatz der "duae conformes" in vollem Umfang verwirklicht" 9). Hier liegt tatsächlich ein VA vor, den

1) vergl. Hertel BB 1954, S. 129. Dagegen: Körner BayVBl 1960 S. 113 f

2) Siehe I. Abschn. S. 11 Nr. 10b

3) Englert-Mang S. 263

4) Siehe I. Abschn. S. 10 Nr. 9c

5) Siehe I. Abschn. S. 11 Nr. 11

6) Siehe I. Abschn. S. 11 Nr. 12

7) Siehe I. Abschn. S. 8 Nr. 1a

8) Siehe I. Abschn. S. 8 Nr. 1b, allerdings nur in Hinblick auf das Zusammenwirken innerhalb der Zustimmungshandlung

9) Heins NJW 1955 S. 1530 f

zwei Behörden zugleich erlassen, der Bundespräsident und die zuständige Landesbehörde. Wenn auch die eigentliche Willensäußerung notgedrungen nicht zur gleichen Zeit erfolgt, so hat dies jedoch keinen Einfluß auf die Wirkung. Der Oberfinanzpräsident erhält die Ernennungsurkunde mit den beiden Unterschriften. Weder ernennt ihn der Bundespräsident unter Zustimmung der Landesbehörde oder die Landesbehörde unter Zustimmung des Bundespräsidenten, noch läßt sich die Ansicht rechtfertigen, daß zwei VAe gleichzeitig erforderlich seien, um seine Ernennung zu bewirken. Gegen die eine wie die andere Lösung sprechen sowohl der Wortlaut Ernennung "durch den Bundespräsidenten und die zuständige Stelle des Landes im gegenseitigen Einvernehmen", als auch der Sinn des Gesetzes. Der Oberfinanzpräsident ist Beamter sowohl des Bundes als des Landes (§ 5 Abs. II FVG). Dem widerspräche es, und sei es nur aus Prestigegründen, wenn nur der Bund oder nur das Land das Recht zur Ernennung hätte, ganz gleich ob der anderen Behörde ein Mitspracherecht eingeräumt wäre oder nicht und in welcher Form dies geschähe. Beide, Bund und Land, müssen vielmehr echt zusammenwirken. Keiner, weder Bund noch Land, kann den anderen mit seiner Ansicht festlegen. Dafür spricht letzten Endes auch das Prinzip des Föderalismus, besser wohl das Bundesstaatsprinzip, das Bund und Länder gleichberechtigt gegenüberstellt 1).

Als unrichtig muß die Ansicht des OVG Münster vom 8. 9. 1953 2) mit Hinweis auf Cüppers 3), sowie die Anmerkung von Dahs 4) angesehen werden, die die Zustimmung im Sinn des § 12 der ehemaligen RANwOBrZ als Fall der *duae conformes* auffaßten 5), insbesondere aber die Ansicht des OVG Münster 2), daß auch in den Fällen einer "positiven Zustimmung" durch eine Behörde dieses Prinzip verwirklicht sei. Der Ausdruck Zustimmung weist begrifflich notwendig auf die Entscheidung durch eine andere Stelle hin, da eine Zustimmung zu einer gleichberechtigten Mitentscheidung einer anderen Behörde, die das Prinzip der *duae conformes* notwendigerweise verlangt, begrifflich nicht möglich ist. Natürlich darf nicht der Begriffsjurisprudenz verfallend das Wort Zustimmung als alleiniger Maßstab genommen werden. Es müssen jedoch dann besondere Regelungen in dieser Bestimmung getroffen sein, wenn entgegen dem Wortlaut doch das Vorliegen von zwei gemeinsam erlassenden Behörden angenommen werden soll 6).

1) vergl. Maunz S. 150 ff, 167 ff

2) NJW 1954 S. 528

3) NJW 1949 S. 363

4) NJW 1954 S. 526

5) vergl. dazu auch VI. Abschn. S. 98 ff

6) Siehe auch § 20 Zusammenfassung

§ 20: Zusammenfassung

Aus der systematischen Untersuchung aller bisher behandelten Fälle (die Sonderfälle des nächsten Abschnitts mögen hier noch außer Betracht bleiben) ergibt sich primär ein wichtiger Gesichtspunkt für eine Beurteilung aller Verwaltungsakte, bei deren Zustandekommen mehrere Behörden beteiligt waren, ein Grundsatz, der für alle derartigen Akte zu gelten hat, gleichgültig, ob sie im Rahmen dieser Arbeit behandelt wurden oder ob sie zu der Vielzahl derjenigen Handlungen gehören, deren eigene Untersuchung hier nicht möglich und nötig erschien.

Bei allen derartigen Akten ist grundsätzlich davon auszugehen, daß das verfassungsmäßig garantierte Prinzip des Rechtsstaates die Regelung der auf zahlreichen Gebieten des öffentlichen Lebens bestehenden Beziehungen des Bürgers zum Staat in einer übersichtlichen und klaren Form erfordert 1). Zur Sicherheit des Rechtsverhältnisses zwischen Bürger und Staat ist es unbedingt erforderlich, daß nicht die Willensbildung innerhalb des Staates, sondern die Bekundung des staatlichen Willens nach außen gegenüber dem Bürger, die aufgrund der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung erfolgt, maßgebend ist 2). Nur die Behörde, die als Repräsentant des Staates allein dem Bürger gegenüber tritt, erläßt den VA. Alle übrigen Vorgänge innerhalb des Staatsorganismus, die der Bürger meist gar nicht zu übersehen vermag, müssen sich hinsichtlich ihrer Wirksamkeit auch im Innenverhältnis erschöpfen. Eine Wirkung nach außen gegenüber einem Dritten kann bei diesen innerstaatlichen Vorgängen, wenn überhaupt, dann nur in großen Ausnahmefällen eintreten. Dann muß sich diese Wirkung aber aus der gesetzlichen Regelung ergeben, sei es *expressis verbis* oder dem klaren Sinn der Bestimmung zufolge. Liegt eine derartige Ausnahmebestimmung nicht vor, so kann nur eine verwaltungsinterne Maßnahme vorliegen. D.h. freilich nicht, daß dieser Mitwirkungsakt ein völlig isoliertes Dasein führt 3).

Was die Wirkung der Maßnahme innerhalb des Staates den unter- oder gleichgeordneten Behörden gegenüber anlangt, so kommt auch hier in erster Linie eine innerdienstliche Maßnahme in Frage. Nur wenn die Maßnahme eine andere Rechtspersönlichkeit trifft, so etwa eine Gemeinde im eigenen Wirkungskreis, und die übrigen Voraussetzungen für einen VA gegeben sind, so tritt diese Handlung aus der Staatseinheit heraus und muß als VA dieser Gemeinde oder sonstigen, selbstständigen Körperschaft des öffentlichen Rechts (etwa einer Universität) gegenüber behandelt werden.

1) vergl. dazu auch Walter Jellinek S. 269/70

2) vergl. auch Groebe DVBl 1959 S. 760

3) Welchen Einfluß auf den VA er insbesondere hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit hat, vergl. im V. Abschn. S. 84 ff

IV. ABSCHNITT

Besondere Formen des Zusammenwirkens

§ 21: Einleitung

Neben den bisher behandelten Fällen, in denen die am VA mitwirkenden Behörden alle dem Staat als Träger der Verwaltung angehörten und sich in dieser Hinsicht auch keine Probleme ergaben, treten bei der Vielfalt der Beziehungen zwischen den Staatsbehörden auch Fälle ein, in denen Träger der Legislative mit einem Verwaltungsträger bei der Bildung eines VAes zusammenarbeiten, oder Fälle, bei denen Bund und Länder daran beteiligt sind. Schließlich sind auch Beispiele denkbar, in denen zwar die verschiedenen Mitwirkungshandlungen innerhalb des Verwaltungsapparates bleiben, die Besonderheit aber darin liegt, daß - etwa bei einer kreisfreien Stadt - beide Mitwirkungsakte von einer Behörde ausgehen, von der Stadt als Selbstverwaltungskörperschaft einerseits und der Stadt als Kreisverwaltungsbehörde andererseits. Mit den sich hieraus ergebenden Problemen werden sich die nächsten Kapitel zu befassen haben.

1. UNTERABSCHNITT

Zusammenwirken zwischen Landtag und Verwaltungsbehörde 1)

§ 22: Aufzählung der Fälle

Für eine Behandlung dieses Problems bieten sich einmal die Vorschriften des Artikel 9 Abs.II BV, des Art.8, II LKRö, des Art.5 Abs.III Satz 1 GO und des Art.5 Abs.IV Satz 1 GO an, bei denen zunächst zu klären ist, ob bei den jeweiligen VOen der Staatsregierung tatsächlich eine Rechtsverordnung, oder nicht vielmehr ein VA vorliegt, denn nur in diesen Fällen können sie im Rahmen dieser Arbeit behandelt werden.

Daneben kommt noch der Sachverhalt in Frage, der der Entscheidung des BayVGh vom 30.9.1959 2) zugrunde lag 3).

1) Über die jetzt wohl kaum mehr streitige Frage, ob die Einschaltung des Landtags beim Erlass von VAen durch die Exekutive gegen den Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung verstößt, vergl. Entscheidung des BayVerfGH vom 27.11.1954, VGHE n.F. 7, 113 ff (121 f), sowie die Ausführungen im IV. Abschn. S. 67 f

2) VGHE n.F. 12, 119 ff

3) siehe I. Abschn. S. 12 Nr. 16

§ 23: Die Fälle der Gebietsumgliederungen

1. Kapitel: Rechtsnatur der Zustimmung des Landtags

Bevor auf die Frage des Wesens der Zustimmung des Landtags zu VOen der Staatsregierung eingegangen werden kann, muß deren Rechtsnatur geklärt werden.

1) Um das Problem zu verdeutlichen, sollen die angeführten Bestimmungen im Wortlaut wiedergegeben werden:

Nach Art.9 Abs.II BV wird "die Einteilung der Kreise in Bezirke durch Rechtsverordnung der Staatsregierung bestimmt; hierzu ist die vorherige Genehmigung des Landtags einzuholen."

Art.8 Abs.II LKrO 1) bestimmt: "Wenn mindestens eine ganze Gemeinde oder ein ganzes gemeindefreies Gebiet umgegliedert wird, ist unbeschadet des Art.5 Abs.III u. IV GO eine Rechtsverordnung der Staatsregierung erforderlich, die der Zustimmung des Landtags bedarf".

Nach Art.5 Abs.III S.1 GO "können mit Zustimmung des Landtags Gemeinden mit mehr als 25 000 Einwohnern bei entsprechender Bedeutung nach Anhörung des Kreistags durch Rechtsverordnung der Staatsregierung für kreisfrei erklärt werden".

Nach Art.5 Abs.IV Satz 1 GO ist es möglich, daß "durch Rechtsverordnung der Staatsregierung, die der Zustimmung des Landtags bedarf, kreisfreie Gemeinden nach Feststellung des Mehrheitswillens der Gemeindebürger auf Antrag der Gemeinde und nach Anhörung des Kreistags wieder einem Landkreis zugeteilt werden können".

2) Anlaß für eine ausgedehnte Diskussion über dieses Problem gab die mit Genehmigung des Bayer. Landtags erlassene Verordnung der Bayer. Staatsregierung über die Neubildung einer Gemeinde Wangen im Landkreis Starnberg vom 21.3.1952 2) und die aufgrund des § 5 dieser Verordnung zu ihrem Vollzug ergangene Bekanntmachung des Staatsministeriums des Innern vom 1.4.1952 3). In seinem Vorlagebeschluß vom 31.3.1953 an den BayVerfGH kam der BayVGH zu dem Ergebnis, daß die VO im Sinne des Art.11 Abs.II GO 4) materiell als VA anzusprechen sei, der deshalb der Anfechtungsklage und nicht der Normenkontrollklage nach § 25 VGG unterliege.

Der BayVerfGH ist in seiner Entscheidung vom 27.11.1954, wenn auch ohne näher auf das Problem einzugehen, dieser Ansicht gefolgt und spricht in den Gründen der Entscheidung von Eingriffen in den Bestand einer Gemeinde "durch

1) Bay. Landkreisordnung vom 16.2.1952 i.d.F. v. 9.7.1956 (GVBl S.115)

2) GVBl S.122

3) BayStAnz Nr.14 - MABl S.192

4) In der damaligen Fassung der GO, wonach auch bei Neubildung oder Auflösung von Gemeinden gegen den Willen der beteiligten Gemeinden eine derartige VO erforderlich war.

einen in die Form einer Rechtsverordnung gekleideten VA der Staatsregierung" 1). Neben den in einzelnen Kommentaren und Aufsätzen geäußerten Meinungen 2) haben sich mit diesem Problem am ausführlichsten Obermayer 3), Schweiger 4), Fellner 5) und Mörtel 6) befaßt.

- 3) Obermayer erkennt zwar an, daß es sich bei den angeführten Fällen materiell um VAe handelt, da sie nur gegenüber bestimmten Personen, nämlich den von den Bestandsänderungen betroffenen Gebietskörperschaften, unmittelbar rechts-erheblich seien. Allein die Tatsache, daß für diese materiell als VAe beurteilten Handlungen vom Gesetzgeber ausdrücklich eine VO verlangt wurde, hält er für ausschlaggebend, um die Maßnahme der Regierung als Rechtsnorm, und zwar als VO im formellen Sinn anzusehen, mit der Folge, daß eine Anfechtungsklage unzulässig und nur eine Normenkontrollklage nach 25 VGG möglich sei.

Diesen Begriff der VO im formellen Sinn, die er in seiner Begriffsbestimmung des VAes ausdrücklich ausklammert 7), versucht er mit einem Hinweis auf die Formalgesetze, die nicht eigentliches Recht setzen, sondern Verwaltungsmaßnahmen darstellen (z. B. den Haushaltsplan), zu stützen. "Diese Formalgesetze sind, auch wenn sie keine für die Allgemeinheit verbindlichen Gebote und Verbote enthalten, echte Gesetze, sie werden von der Legislative als Gesetze verabschiedet und unterliegen als Gesetze der Verfassungsgerichtsbarkeit. Warum

1) Verw. Rspr. Bd. 7 S. 777 Nr. 172

2) Helmreich-Widtmann S. 61: Die VO nach § 5 GO ist ein VA im Sinn der §§ 22, 35, I VGG. "Daß sie daneben im formellen Sinn eine VO ist, hat nicht zur Folge, daß sie außerdem nach § 25 VGG angegriffen werden könnte."

Hölzl-Rollwagen S. 12, 39: Die VO nach Artikel 5 und 11 GO (in der damaligen Fassung) ist ein VA.

Nawiasky-Leusser S. 83: Bei VOen gemäß § 9 Abs. II BV liegt eine echte Rechtsnorm vor, "weil die organisatorischen Normen über Behörden, die eine Wirksamkeit nach außen gegenüber den Bürgern entfalten, eine Ergänzung der materiellen Rechtsnormen bilden, indem sie die kompetenten Stellen bestimmen, von denen allein Forderungen an die Bürger ausgehen können und denen gegenüber allein die Verpflichtungen der Bürger zu erfüllen sind."

Prandl, BB 1953 S. 4: Die VO nach Art. 7 LKrO und nach Art. 5 GO ist "ein Akt allgemeiner staatlicher Organisationsgewalt, gegen den lediglich der Weg der Normenkontrolle gemäß § 25 VGG gegeben ist."

3) Obermayer DÖV 1954 S. 73 ff; Entgegnung auf Schweiger, DÖV 1955 S. 364 ff u. Obermayer VA S. 54 ff

4) Schweiger DÖV 1955 S. 360 ff

5) Fellner BayVBl 1955 S. 229

6) Mörtel BayVBl 1957 S. 10 ff

7) Obermayer VA S. 83

soll es dann aber nicht auch VOen geben, die zwar keine Rechtsätze enthalten, aber doch in formeller Hinsicht VOen sind, weil für ihr Zustandekommen die allgemein für VOen geltenden Verfahrensgarantien, wie gesetzliche Ermächtigung und Verkündung, maßgebend sind". 1)

Dieser Standpunkt ist jedoch abzulehnen. Eine Rechtsnorm allein nach der Form ihres Zustandekommens zu beurteilen, kann nicht zu einer richtigen Erkenntnis der Rechtsnatur führen. Maßgebend für die rechtliche Einordnung eines Begriffes kann doch nur der materiellrechtliche Gehalt der Vorschrift, sein inneres Wesen sein. Das schließt keineswegs aus, daß der Gesetzgeber für bestimmte Fälle eine von den normalen Vorschriften abweichende Regelung des Verfahrens anordnet. Das kann aber nicht zu einer anderen Beurteilung der Rechtsnatur dieser Vorschrift führen. Es besteht die Aufgabe "jeweils nach dem Wesen der Dinge zu fragen und zu prüfen, was die einzelnen Verwaltungshandlungen nicht nur ihrer äußeren Form nach, sondern vor allem ihrem Inhalt nach darstellen". 2) Der Hinweis auf Gesetze im formellen Sinn kann hier nicht als Gegenargument angeführt werden. Eine Bestimmung als Gesetz nur aufgrund der Formvorschrift ist sehr wohl begründet, denn "es ist mit der begriffsmäßig unter der Rechtsordnungstehenden Verwaltung zu Ende, sobald das Gesetz seine Souveränität entfaltet" 3). Obermayer selbst sagt ja: "Ihnen (den Gesetzen im formellen Sinn) verschafft die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Solennität des Gesetzgebungsverfahrens gegenüber allen Handlungen der Verwaltung jene Vorrangstellung, die die übrigen Gesetze auszeichnet. Die Tatsache, daß nicht beliebige Verwaltungsstellen, sondern die gewählten Repräsentanten des ganzen Volkes unter dem Vorbehalt des Gesetzes am Werke sind, genügt, um die parlamentarischen Rechtsetzungsakte von vornherein aus dem Bereich der VAe auszuschneiden" 4). Akte der Verwaltung dagegen können nur wie jede andere Rechtshandlung in erster Linie nach ihrem Inhalt beurteilt werden 5).

- 4) Schweiger 6) lehnt die Parallele zu Gesetzen im formellen Sinn ebenfalls ab, jedoch aus dem Grunde, weil er die genannten Bestimmungen als VOen im materiellen Sinn betrachtet, da sie "gegenüber der Gesamtheit der Staatsbürger wirksame und rechtserhebliche Organisationsverordnungen verwaltungsexterner Natur" darstellen. Daneben wirkten diese Normen den beteiligten Gebietskörperschaften gegenüber als VAe. Die VOen der Staatsregierung wiesen also eine Doppelnatur auf, sie seien sowohl VAe, als auch VOen. Für den

1) Obermayer DÖV 1954 S. 75

2) Mörtel BayVBl 1956 S. 323

3) Otto Mayer I S. 12

4) Obermayer VA S. 49

5) Das Problem wäre einer weiteren, ausführlichen Darstellung würdig, kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter behandelt werden.

6) Schweiger DÖV 1955 S. 360

Rechtsschutz kommt Schweiger folgerichtig zum Ergebnis, daß, je nachdem, wer die VO angreife, eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit nach § 25 VGG als VO oder nach §§ 22, 35 VGG als VA in Frage komme.

Dagegen ist schon mit Obermayer 1) einzuwenden, daß "ein erheblicher Unterschied zu beachten ist, der in der Wirkung auf den Staatsbürger besteht, wenn bei Gemeinden oder Landkreisen die allgemeine Zuständigkeitsordnung geändert und das andere Mal eine Verschiebung des örtlichen Zuständigkeitsbereiches vorgenommen wird. Werden die Behörden der Gemeinden oder Landkreise generell zum Erlaß gewisser VAe für kompetent erklärt, so vollzieht sich dieser Vorgang in räumlicher Distanz von den betroffenen Staatsbürgern, die wissen müssen, welche Behörden allgemein für eine Sachbehandlung und Entscheidung in den verschiedenen Angelegenheiten zuständig sind. Werden dagegen bestimmte Gemeinden oder Landkreise in ihrem territorialen Bestand geändert, so werden die in den Umgebungsgebieten wohnenden Staatsbürger von einem solchen Akt gewissermaßen miterfaßt. Als Bewohner der jeweils umzugliedernden Gemeinde- oder Landkreisgebiete nehmen sie zwangsläufig an deren Schicksal teil. Das ist rechtlich gesehen etwas anderes, als wenn ihnen von außen ein Gebot entgegentritt, an welche Behördenart im allgemeinen Behördenaufbau sie sich mit ihren Anträgen zu wenden haben".

- 5) Fellner 2) betont, daß es Aufgabe der Rechtsetzung sein müsse, Entscheidungen zu treffen und daß es Aufgabe der rechtsanwendenden Behörden sei, sich in erster Linie nach dem gesetzten Recht zu richten. Aus Artikel 77 Abs. I BV folgert er, daß die genannten Organisations-VOen ausschließlich VOen im materiellen Sinn, also weder VAe noch VOen im formellen Sinn seien. Diese Ansicht läßt sich schon deshalb nicht halten, da sie den materiellen Gehalt derartiger VOen als Regelung eines Einzelfalles völlig ignoriert.
- 6) Zum richtigen Ergebnis ist der BayVGh in seinem Urteil vom 20. 1. 56 3) gekommen, dem sich auch Mörtel 4) angeschlossen hat. Darin stellt der VGh folgende Gesichtspunkte als wesentlich heraus:
 - a) "Organisatorische VOen haben den Charakter allgemein verbindlicher Rechtsvorschriften, wenn durch sie eine neue Art von Behörden mit hoheitlichen Befugnissen eingerichtet wird, oder bereits bestehende Behörden mit neuen Zuständigkeiten ausgestattet werden, dagegen nicht, wenn innerhalb einer bestehenden, allgemeinen Behördenorganisation und Zuständigkeitsregelung eine Einzelbehörde neu eingerichtet oder der örtliche Zuständigkeitsbereich bestehender Behörden anderweitig abgegrenzt wird.

1) Entgegnung auf Schweiger, DÖV 1955 S. 366

2) Fellner BayVB1 1955 S. 229

3) 76 IV 52 u. 77 IV 52, BayVB1 1956 S. 121 ff

4) BayVB1 1957 S. 12

- b) Eine organisatorische Maßnahme, die in den Gebietsbestand einer Gemeinde oder eines Landkreises eingreift, stellt einen gestaltenden VA dar. Für VAe dieser Art kann eine VO vorgeschrieben sein. Eine solche VO ist eine VO nur im formellen Sinn.
- c) Eine VO im formellen Sinn unterliegt, wenn sie materiell einen (gestaltenden) VA zum Gegenstand hat, nicht der Normenkontrolle nach § 25 VGG, vielmehr ist gegen sie die Anfechtungsklage gegeben."

Somit ist als Ergebnis festzuhalten, daß "Rechtsverordnungen im formellen Sinn" soweit sie nicht den Charakter allgemein verbindlicher Rechtsvorschriften im Sinne von a) haben, immer als VAe zu beurteilen sind, eine Ausklammerung aus dem VA Begriff (wie sie Obermayer vornimmt) daher nicht erforderlich ist.

Damit handelt es sich auch in den Fällen der Artikel 9, II BV, Art. 8 Abs. II LKrO, Art. 5 Abs. III Satz 1 GO u. Art. 5 Abs. IV Satz 1 GO um ein Zusammenwirken beim Erlaß eines Verwaltungsaktes.

2. Kapitel: Der Landtag als Verwaltungsbehörde

1) Das Vorliegen einer Verwaltungstätigkeit:

Eine wesentliche Frage muß noch geklärt werden. Nur wenn es sich bei dem jeweiligen Zustimmungsakt des Landtags um den Akt einer Verwaltungsbehörde handelt, lassen sich diese Fälle systematisch unter das gestellte Thema einordnen.

Wohl unbezweifelt stehen Gesetzgebungsakte der parlamentarischen Körperschaften außerhalb der Verwaltung, da sie allein auf verfassungsrechtlicher Grundlage ergehen. Ebenso unbestritten zählen auch Gesetze im formellen Sinn zu dieser Kategorie 1). Es genügt, wie sich Obermayer ausdrückt 2), "daß nicht beliebige Verwaltungsstellen, sondern die gewählten Repräsentanten des ganzen Volkes unter dem Vorbehalt des Gesetzes am Werke sind", um die Rechtssetzungsakte eines Parlaments dem Verwaltungsbereich zu entziehen. Wie steht es nun mit anderen Maßnahmen der Gesetzgebungsorgane, insbesondere hier mit der gesetzlich vorgeschriebenen Zustimmung oder Genehmigung des Bayerischen Landtags, wie sie die Gebietsumgliederungen vorschreiben 3).

Der Badische VGH hat in einem Urteil vom 5. 11. 1952 4) für die Anordnung einer Wahl erklärt, sie sei kein VA. Im folgenden führt er aus: "Wahlen haben die Bildung politischer Willensorgane zum Gegenstand (vergl. Hess. VGH, Urteil vom 28. 3. 1952 in Heft 1 der Entscheidungen des Hessischen und Württemberg-

1) vergl. Forsthoff S. 184, Ule VA S. 263, Obermayer VA S. 49

2) Obermayer VA S. 49

3) über weitere Maßnahmen gesetzgebender Körperschaften außerhalb der Rechtssetzungsakte vergl. Obermayer VA S. 49 f

4) Verw. Rspr. Band 5 Nr. 181 S. 848 ff, insbes. S. 853

Badischen VGH). Sie gehören daher nicht dem Bereich der Verwaltung, sondern dem Bereich der staatlichen Organisationsgewalt an. Durch die Wahl erfolgt die Bildung der Organe, die nachher berufen sind, die staatliche Gewalt auszuüben." Gegenteiler Ansicht, allerdings ohne Begründung, ist Maunz in der Anmerkung zum oben erwähnten Urteil des Badischen VGH 1).

Obermayer 2) stellt sich auf den Standpunkt, "daß es für die Abgrenzung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht noch keine befriedigende begriffliche Definition gibt." Trotzdem dürfte es seiner Ansicht nach möglich sein, für die Erfassung der nur dem Verfassungsrecht unterstellten Hoheitsakte ein sicheres Merkmal anzuerkennen. "Es muß darauf ankommen, daß die Vornahme einer bestimmten, für den Bestand der staatlichen Grundordnung wesentlichen Handlung verfassungsrechtlich geregelt ist".

Dieser Ansicht ist im wesentlichen beizustimmen. Es muß zumindest ein enger Zusammenhang mit einer verfassungsrechtlichen Handlung bestehen, d. h. entweder eine Vorbereitungs- oder Sicherungshandlung vorliegen. Es muß sich mit anderen Worten um eine "verfassungsrechtliche Hilfstätigkeit" 3) handeln.

Daraus ergibt sich klar, daß die von einem Gesetz geforderte Zustimmungshandlung des Landtags zu einem VA keine verfassungsrechtliche Handlung darstellt. Der Landtag ist hier vielmehr nur an einer Handlung der Exekutive beteiligt. Zwar liegt eine gewisse Kontrollfunktion in der Genehmigungs- oder Zustimmungshandlung des Landtags, dies darf jedoch nicht zu einer anderen Beurteilung verführen. Arendt 4) spricht in diesem Zusammenhang von einem "schlichten Parlamentsbeschluß". Auch der BayVerfGH 5) nennt diesen Akt einen "Organisationsakt" und untersucht, ob er das Gewaltenteilungsprinzip verletzt, was ja voraussetzt, daß der Landtag hier auf dem Gebiet der Verwaltung tätig wird.

Der Unterschied zu Zustimmungshandlungen von Verwaltungsbehörden in anderen gesetzlichen Bestimmungen liegt lediglich darin, daß hier ein Organ der Legislative tätig wird. Die Art der Handlung aber, die in allen anderen Fällen unproblematisch eine Verwaltungshandlung ist, bleibt die gleiche.

Daß hier das Prinzip der Gewaltentrennung durchbrochen ist 6), vermag daran nichts zu ändern. Nach der in Deutschland herkömmlichen Auffassung von der Gewaltentrennung obliegen den Gewaltträgern nicht nur Aufgaben aus jeweils nur einer Funktion (Gesetzgebung, Verwaltung oder Rechtsprechung), vielmehr sind den gesetzgebenden Organen auch Verwaltungsakte vorbehalten, den Organen der Verwaltung auch Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsakte übertragen, den Orga-

1) Verw. Rspr. Band 5 Nr. 181 S. 859

2) Obermayer VA S. 48 f

3) Otto Mayer I S. 7 und Forsthoff S. 11

4) DRZ 1949 S. 29 mit weiteren Literaturangaben

5) VGHE n. F. 7, II S. 121 f

6) ohne daß ein Verstoß gegen die BV vorliegt, vergl. VGHE n. F. 7 II S. 121 f

nen der Rechtsprechung auch Verwaltungsmaßnahmen anvertraut. Es sei neben den hier zu erörternden Fällen insbesondere auch an folgende Verwaltungsmaßnahmen der Legislative erinnert: An die Feststellung des Haushaltsplanes, die Genehmigung von Staatsverträgen, die Bewilligung von Anleihen, die Finanzkontrolle oder die Einsetzung von Untersuchungsausschüssen. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltentrennung (Art. 20 Abs. 2 GG) kann darin nicht gesehen werden 1). Die Funktionsverteilung will ja nur die Substanz der jeweiligen Gewalt in ein Gleichgewicht zur anderen Gewalt bringen. Aber sie bewirkt keine scharfe Grenzziehung zwischen den sie ausübenden Organen und ihren Aufgaben im einzelnen. Das politische Ziel der Funktionsverteilung, die Sicherung der Freiheit, wird nicht beeinträchtigt durch einzelne Überschneidungen von Randgebieten. Somit sind die in Artikel 9 Abs. II BV, Artikel 8 Abs. II LKRÖ, Artikel 5 Abs. III S. 1 und Abs. IV S. 1 GO erforderlichen Genehmigungen und Zustimmungen des Landtags als Verwaltungshandlungen zu beurteilen.

2) Die Behördeneigenschaft des Landtags:

Darüber hinaus handelt der Bayerische Landtag bei Abgabe seiner Zustimmung oder Genehmigung auch als Verwaltungsbehörde. Das mag im ersten Augenblick etwas ungewohnt erscheinen, betrachtet man jedoch die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Verwaltungsbehörde, so ist dieses Ergebnis eher verständlich.

Im großen und ganzen kann hier auf die Ausführungen verwiesen werden, die im 1. Abschnitt über den Behördenbegriff gemacht wurden. 2)

Nur im Hinblick auf die Besonderheiten des Landtags soll noch eine eingehendere Untersuchung stattfinden.

Wie bereits früher ausgeführt, ist prinzipiell von der Begriffsbestimmung des § 25 Abs. 2 MRVO 165 auszugehen, wonach "jede mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Geltungsbereich dieser VO betraute deutsche Stelle, ohne Rücksicht auf ihre Rangstufe oder Besetzung, jedoch mit Ausnahme der Gerichte und Amtsstellen der Religionsgesellschaften" als Verwaltungsbehörde zu betrachten ist. Diese Bestimmung legt auch Obermayer 3) seinem Behördenbegriff zugrunde. Er fährt jedoch dann fort, daß zwar eine Ausnahme gesetzgebender Körperschaften nicht eigens erwähnt sei, es sei jedoch "offenkundig", daß sie nicht zu den Verwaltungsbehörden gerechnet werden sollten" 4). Sie seien auch bisher in

1) vergl. für viele: Peters S. 7, Obermayer VA S. 69 Anm. 204, Nawiasky-Leusser, Erl. z. Art. 5 BV, Süsterhenn-Schäfer Anm. 2 zu Artikel 77, Maunz S. 163 und S. 171 f. Selbst die Bayerische Verfassung nimmt in Artikel 70 Abs. II, 78 Abs. III, 81 Satz 1, 82 Satz 2, 72 Abs. II und Artikel 9 eine Vermischung vor. Vergl. dazu auch VGHE n. F. 7 II S. 121 f

2) Vergl. I. Abschn. S. 5 f

3) Obermayer VA S. 63 f

4) Dies gelte nur für die gesetzgebenden Körperschaften im engeren Sinn, nicht

Schrifttum und Rechtsprechung niemals als Verwaltungsbehörden bezeichnet worden. Der Hinweis, daß die Rangstufe ebenso wie die Besetzung für die Begriffsbestimmung unberücksichtigt bleiben müsse, stehe dieser Feststellung nicht entgegen. Er sollte lediglich zum Ausdruck bringen, daß auch die obersten Stellen in der Hierarchie der verwaltenden Behördenorganisationen - wie z.B. die Ministerien - als Verwaltungsbehörden anzusehen seien 1).

Dieser Auffassung kann jedoch nicht bedenkenlos gefolgt werden. Zunächst bleibt die Behauptung, daß die gesetzgebenden Körperschaften "offenkundig" nicht zu den Verwaltungsbehörden gerechnet werden sollten, ohne jede nähere Erläuterung und Untermauerung. Zugegeben muß werden, daß gesetzgebende Körperschaften in erster Linie und immer dann, wenn sie tatsächlich als Gesetzgeber tätig werden, nicht Verwaltungsbehörden sein können. Obermayer selbst gibt aber zu, daß andere "schlichte Parlamentsbeschlüsse", wie Zustimmungen zu VOen, nicht auf gleicher Stufe wie die förmlichen Gesetze stehen 1). Wenn er den Gerichten zugesteht, sie könnten, soweit sie nicht in einem richterlichen Verfahren tätig werden, VAe erlassen, seien damit also auch Verwaltungsbehörden, 2) so ist nicht einzusehen, warum nicht auch das Parlament außerhalb seiner gesetzgeberischen Tätigkeit als Verwaltungsbehörde tätig werden kann. 3) Hinzu kommt, daß der Hinweis in § 25 Abs. II MRVO 165, die Rangstufe bleibe ebenso wie die Besetzung für die Begriffsbestimmung unberücksichtigt, keinesfalls die gesetzgebenden Körperschaften ausschließen sollte. Es ist unwahrscheinlich, daß bei Erlaß der VO zwar an die Gerichte, nicht aber an die Gesetzgebung gedacht wurde.

Schließlich meint Obermayer: Soweit die "schlichten Parlamentsbeschlüsse" nicht in der Verfassung selbst vorgesehen seien, könnte ihnen zwar kaum die Eigenschaft einer verfassungsrechtlichen Tätigkeit zuerkannt werden. Dafür unterliege es aber keinem Zweifel, daß sie schon aus anderen Gründen nicht die Voraussetzungen des VAes erfüllten. Denn wie ein Rechtssetzungsakt selbst, so könne auch eine Zustimmung zu diesem niemals ein VA sein.

Mit dieser Behauptung hat Obermayer von seinem Standpunkt - er vertritt ja die Auffassung, die Bestimmungen über die Gebietsumgliederungen seien VOen - zweifelsohne recht. Er geht jedoch völlig an der Frage vorbei, wie derartige "schlichte Parlamentsbeschlüsse" zu beurteilen sind, wenn sie die Zustimmung zu einem VA darstellen. Im übrigen übersieht er dabei, daß es in diesem Zusam-

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 68:

für die kommunalen Legislativorgane. Vergl. Obermayer VA S. 64 Anm. 187

1) vergl. Obermayer VA S. 64

2) vergl. Obermayer VA S. 63

3) vergl. auch Eyermann-Fröhler S. 171 Anm. 34: "Auch das Parlament kann als Verwaltungsorgan tätig werden und erläßt dann anfechtbare Verwaltungsakte", mit Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 26.3.1955, NJW 1955 S. 1245 und Urteil des BayVerfGH vom 28.6.1948, DV 1949 S. 355

menhang ja gar nicht primär um die Frage geht, ob dieser Parlamentsbeschluß ein VA ist - dazu müssen mehrere Voraussetzungen vorliegen -, sondern vielmehr nur die Frage zur Entscheidung steht, ob das Parlament hier als Verwaltungsbehörde tätig wird. Dieser Frage weicht Obermayer trotz klarer Fragestellung hier aus. Aber gerade in diesem Fall ergibt sich, daß das Parlament in gewissen Fällen auch als Verwaltungsbehörde auftreten kann.

Zu diesem Ergebnis kommt letztlich auch der BayVerfGH 1), wenn er ausführt:

"Was insbes. die Akte des Landtags anlangt, so sind sie der Verfassungsbeschwerde nicht schlechterdings entzogen. Der Verfassungsgerichtshof hat wiederholt dargelegt (s. VGHE n.F. 10 II 20 mit weiteren Nachweisen), daß der Landtag zwar dann, wenn er als gesetzgebendes Organ tätig wird, wenn er also seine eigentliche verfassungsmäßige Aufgabe wahrnimmt, keine Behörde im Sinn des Artikel 66/120 BV ist (siehe auch Rasch, Verwaltungsarchiv 1959, 1/21 f; vergl. ferner von Mangoldt-Klein, GG - 2. Auflage - Anmerkung III 2 c z. Art. 37, S. 871); dagegen kann er, wenn er nicht Recht setzt, sondern Maßnahmen der vollziehenden Gewalt trifft, als Behörde im Sinne dieser Vorschrift in Erscheinung treten. Hieran wird (trotz einiger in der Entscheidung vom 9. 1. 58 Vf 38 VI 57 vorgetragenen Bedenken) festgehalten. Wie bereits in der Entscheidung VGHnF 1 II 38/51 ausgeführt, fordert der in der Verfassung niedergelegte Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, alle wie auch immer gearteten Behörden, deren Akte in den verfassungsmäßig geschützten Rechtskreis des Einzelnen eingreifen können, der verfassungsgerichtlichen Kontrolle nach Art. 120 BV zu unterstellen, und zwar - freilich mit der genannten, sehr bedeutsamen Einschränkung - auch den Landtag. Mit Recht bemerken daher auch Nawiasky-Leusser (Die Verfassung des Freistaates Bayern, Erläuterungen zu Art. 66 S. 145), daß Akte des Landtags mit der Verfassungsbeschwerde angefochten werden können, wenn er nicht als rechtsetzendes, sondern als rechtsanwendendes Organ tätig gewesen ist."

Nun trifft diese Entscheidung zwar nur die Behauptung, daß der Landtag in den angeführten Fällen als Behörde im Sinn der Artikel 66 u. 120 BV anzusehen sei. Diese beiden Bestimmungen der BV sprechen von Verletzungen verfassungsmäßiger Rechte durch eine Behörde, ausdrücklich von einer Verwaltungsbehörde im Sinn des VA Begriffes ist nicht die Rede. Es ist jedoch übereinstimmende Auffassung, daß unter Behörde im Sinn der Artikel 66 u. 120 BV Verwaltungsbehörden und Gerichte (soweit sie nicht rechtsprechend in Erscheinung treten) zu verstehen sind 2). Damit ist dieser Behördenbegriff mit dem gleichzustellen, der

1) VGHE n.F. 1959 12, Band S. 122

2) vergl. neben Nawiasky-Leusser S. 145 auch Nawiasky-Lechner S. 64

im Laufe dieser Arbeit entwickelt wurde, so daß das Urteil des BayVerfGH auch auf die Fälle der Gebietsumgliederungen angewendet werden kann.

3. Kapitel: Die Zustimmung des Landtags als verw. int. EA

- 1) Ob das Parlament in den Fällen der Gebietsumgliederung durch seine Zustimmung einen VA erläßt, das freilich hängt noch von anderen Voraussetzungen ab. Insbesondere kommt es darauf an, ob die Akte des Landtags eine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber den Gebietskörperschaften haben. Bei dieser Frage muß wieder auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die für die Mitwirkungsakte anderer Verwaltungsbehörden im letzten Abschnitt aufgestellt wurden. Danach ist in erster Linie zu beachten, wer den Gebietskörperschaften gegenübertritt. Dies ist sowohl nach dem Wortlaut, als auch nach dem Sinn der betreffenden Vorschriften eindeutig die Staatsregierung. Es heißt in allen gesetzlichen Bestimmungen, daß es sich um VOen der Staatsregierung handle. Die Mitwirkung des Landtags erfolgt in Form der Genehmigung (BV) oder der Zustimmung (GO u. LKrO) 1), d. h. in Formen, die nur eine Beteiligung an der Handlung einer anderen Behörde beinhalten. Auch das Urteil des BayVGH v. 20. 1. 1956 2) geht in seinen Ausführungen nur von einem VA der Staatsregierung aus.
- 2) Eine andere Frage ist, ob die Staatsregierung an die Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung des Landtags gebunden ist. Diese Frage greift weit in das Problem der Gewaltenteilung ein. Es ist hier nicht der Ort, näher auf die damit zusammenhängenden interessanten Fragen einzugehen. Nur soweit sie für das Thema der Arbeit interessieren, sollen sie behandelt werden. Es hat zwischen Parlament und Regierung in Bayern schon wiederholt zu größeren Auseinandersetzungen über die Frage geführt, ob und inwieweit Beschlüsse des Landtags, die keine Gesetzesbeschlüsse sind, für die Organe der vollziehenden Gewalt verbindlich sind 3). Dabei sind von vornherein die Beschlüsse auszuscheiden, die auf eine Abweichung vom Gesetz oder auf eine bestimmte Auslegung einer Gesetzesvorschrift gerichtet sind. Sie sind unwirksam, da der Vollzug der Gesetze durch ausdrückliche Verfassungsvorschrift (Art. 55 Nr. 2 S. 1 BV) der Staatsregierung und den einzelnen Staatsministerien zugewiesen ist und für die Auslegung der Gesetze die Verwaltungsbehörden, bzw. im Streitfall die Gerichte zuständig sind 4). Dieser Art. 55 Nr. 2 S. 1 BV, wonach der Staatsregierung und den einzelnen Staatsministerien auch der "Vollzug der Beschlüsse

-
- 1) Der Unterschied in der Bezeichnung "Genehmigung" und "Zustimmung" hat hier für die rechtliche Beurteilung keine Bedeutung.
 - 2) 76 IV 52 u. 77 IV 52, BayVBl 1956 S. 121 f
 - 3) vergl. etwa Verhandlg. des Bayer. Landtags II. Tagung 1951/52 S. 1890 ff
 - 4) Gutachten für Staatsvereinfachung I. Teil S. 49

des Landtags" obliegt, wird nun hauptsächlich herangezogen, um die Verbindlichkeit von sonstigen Landtagsbeschlüssen für die Organe der vollziehenden Gewalt zu untermauern. Sehr richtig legt das Gutachten für Staatsvereinfachung in Bayern 1) dar, daß diese Behauptung nur dann zu halten ist, "wenn die angeführte Verfassungsbestimmung als zusätzliche Zuweisung einer besonderen Zuständigkeit an den Landtag zu werten ist". Diese Voraussetzung liegt hier jedoch nicht vor. Nawias-ky 2) erklärt zu dieser Bestimmung der Verfassung: "Dieser Satz ist manchmal in dem Sinn mißverstanden worden, daß dadurch der Landtag eine Ermächtigung er- hielte, beliebige Beschlüsse zu fassen, die dann von der Staatsregierung oder den einzelnen Staatsministerien durchzuführen seien. Gemeint ist vielmehr, daß, so- weit der Landtag aufgrund sonstiger Verfassungsbestimmungen zur Fassung von Be- schlüssen befugt ist, die Durchführung dieser Beschlüsse nicht Sache des Landtags, sondern der Organe der Vollziehung ist. Es handelt sich hier also nicht um die Er- teilung einer Kompetenz der Volksvertretung". Der gleichen Ansicht ist Bussler 3) mit seiner Erklärung, Art. 55 Nr. 2 S. 1 BV schaffe keine Zuständigkeit, sondern setze eine solche voraus.

Dem Landtag kommt zwar nach dem bayer. Verfassungsrecht eine dominie- rende Stellung zu, da bei ihm der politische Schwerpunkt liegt, soweit das Volk nicht unmittelbar zu entscheiden hat 4), das ändert jedoch nichts daran, daß oberste leitende Stelle des Staates durch die Verfassung die Staatsre- gierung ist (Art. 43 BV). Die Verfassung hat keine mehrfache Zuständigkeit ge- schaffen, sondern jedem Staatsorgan seine bestimmte Aufgabe zugewiesen, um ganz klar die Verantwortlichkeit jedes Staatsorgans für seinen Aufgabenbereich festzulegen. Soll von einer Zuständigkeit (oder Alleinzuständigkeit) abgegangen werden, so muß dafür eine eigene Regelung in der Verfassung erfolgen. Eine bindende Weisung des Landtags an eine Verwaltungsbehörde ohne ausdrückli- che Ermächtigung in der Verfassung ist nicht möglich. Die Staatsregierung steht als verfassungsmäßige Spitze der Exekutive dem Parlament in einem "Spannungs- verhältnis" gegenüber 5), nicht aber in einem Verhältnis rechtlicher Unterordnung. Vergleichsweise seien auch noch die gleichlautenden Beurteilungen Nebingers 6) und Goebels 7) erwähnt.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß alle Beschlüsse des Bayerischen Landtags, die ohne Beachtung der Gesetzesform ergangen sind, dann für die voll- ziehende Gewalt verbindlich sind, wenn die Verfassung ausdrücklich die Zu-

1) Gutachten für Staatsvereinfachung I. Teil S. 49

2) Nawias-ky-Lechner S. 50

3) Bussler, Bayer. Staatszeitung 1952 Nr. 15

4) Siehe Nawias-ky-Leusser S. 30 Nr. 3, S. 34 Nr. 4

5) vergl. BVerfG NJW 1959 S. 1171 u. 1723 f

6) Nebinger, Verfassung f. Wttmbg. -Baden, Anm. 2 zu Art. 49

7) Goebel, Verfassung für Baden-Württemberg, Anm. z. Art. 45

ständigkeit zuweist, ohne für die Ausübung das förmliche Gesetzgebungsverfahren zu verlangen. In allen übrigen Fällen jedoch haben beschlußmäßige Willensäußerungen des Landtags nur politische, aber keine rechtliche Bedeutung 1). Damit ist auch ein eindeutiges Unterscheidungsmerkmal für die Fälle der Gebietsumgliederung gegeben. Einzig und allein im Fall des Artikel 9 Abs. II BV, d. h. bei der Einteilung der Kreise in Bezirke, ist daher die Staatsregierung an die Genehmigung des Landtags gebunden, da nur dieser Fall in der Verfassung geregelt ist. In allen anderen Fällen können die Landtagsbeschlüsse zwar politisch bedeutsam sein - es ist eine Frage des politischen Taktes, wie Landtag und Regierung sich arrangieren -, rechtlich verbindlich für die Staatsregierung sind sie nicht.

Das Ergebnis mag im ersten Augenblick etwas willkürlich erscheinen, es geht jedoch nicht an, klare, der prinzipiellen Teilung der Gewalten entsprechende Grundsätze einer nur vermeintlichen Gleichbehandlung ähnlicher Fälle zu opfern, denn letztlich läßt es sich durchaus vertreten, daß der Verfassungsgeber nur in diesem Einzelfall der Einteilung der Kreise in Bezirke den Landtag einschalten wollte, da es sich bei den Kreisen ja um die größten und bedeutendsten Gebietskörperschaften im Rahmen eines Landes handelt.

§ 24: Beschluß des Bayerischen Landtags an die Bayerische Staatsregierung
über die Ermittlung eines neuen Verteilungsschlüssels für die Mittel
des sozialen Wohnungsbaues

1) Rechtsnatur des Beschlusses des Landtags:

In diesem Fall 2) hatte der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde gegen die Festsetzung des Verteilungsschlüssels erhoben. Eine Bescheidung des Darlehensantrages des Beschwerdeführers durch die Bewilligungsstelle, die für derartige Akte zuständig ist 3), war noch nicht erfolgt. Es soll für die Behandlung dieses Falles im Rahmen der Arbeit unterstellt werden, daß ein Bescheid der Bewilligungsstelle erfolgt ist.

Der VA liegt dabei eindeutig in der Entscheidung der Bewilligungsstelle über den Darlehensantrag. Weder die Zugrundelegung eines bestimmten Verteilungsschlüssels durch die Oberste Baubehörde, noch der Beschluß des Landtags, der einen bestimmten Verteilungsschlüssel festlegte, waren Handlungen, die über den inneren Bereich der Verwaltung hinausgingen. Es wurden nur die Grundlagen ge-

1) vergl. dazu neben den bereits angeführten Quellen auch noch Arendt, DRZ 1949 S. 29 u. Friesenhahn, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 16/1958 S. 26 Fußnote 70 u. S. 39 Fußnote 73

2) Siehe I. Abschn. S. 12 Nr. 16

3) vergl. Fischer-Dieskau, Anm. 2, 9 z. § 30, S. 417, 422

schaffen, die spätere Maßnahmen der Verteilungsbehörden ermöglichen. Der BayVerfGH hat in der erwähnten Entscheidung vom 30. 9. 1959 1) diese Auffassung unterstrichen, wenn er erklärt:

"Wenn der Haushaltsplan öffentliche Mittel für den Wohnungsbau, nach bestimmten Gesichtspunkten aufgegliedert, ausbringt, so handelt es sich um internes Recht, das nur die Verwaltung bindet. Die Rechtsposition des einzelnen Staatsbürgers wird hierdurch nicht berührt (vergl. § 24 RHO i. V. mit § 43 RHG; Vialon, Haushaltsrecht 2. Auflage 1959 S. 299, 496). Das gleiche gilt auch dann, wenn sich die zuständige oberste Landesbehörde demnächst darüber schlüssig wird, wie sie die im Haushaltsplan vorgesehenen Mittel auf die ihr unterstellten Bewilligungsstellen zu verteilen hat, und wenn sie alsdann die Verteilung demgemäß vornimmt. Sie trifft dadurch Verwaltungsmaßnahmen - die Einschaltung des Landtags soll hier zunächst außer Betracht bleiben -, die in die Rechtssphäre des Einzelnen noch nicht unmittelbar eingreifen."

2) Keine Bindung des Ministeriums:

Wenn man nun die Festsetzung des Verteilungsschlüssels und den Beschluß des Landtags als innerdienstliche Akte 2) betrachtet, so erhebt sich hier ebenso die Frage, welche Wirkung der Beschluß des Landtags auf die Verwaltungsbehörden ausübt. Diese Frage ist hier leichter zu entscheiden als im Fall der Gebietsumgliederung, bei der die Mitwirkung des Landtags zumindest in einem einfachen Gesetz vorgeschrieben war. Wenn schon eine in einem einfachen Gesetz verankerte Vorschrift nicht genügt, um eine Zuständigkeit des Landtags herbeizuführen, so kann diese Zuständigkeit erst recht nicht gegeben sein, wenn die Mitwirkungshandlung lediglich auf die Initiative einer Verwaltungsbehörde ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage erfolgte. Zwar war der Vertreter des Landtags in dem zugrundeliegenden Verfahren der Ansicht, "es sei ein unmittelbarer Ausfluß des Budgetrechts des Landtags zu bestimmen, für welche Zwecke im Etat vorgesehene Mittel zu verwenden seien. Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Beträge schon, in Untertatbestände aufgeteilt, spezifiziert ausgeworfen seien, oder aufgrund einer eindeutigen und rechtswirksamen Willensäußerung des Landtags über die Verteilung der Mittel die Bewilligung im Etat als Pauschbetrag, wie hier für den sozialen Wohnungsbau, angewiesen werde" 3). Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Zutreffend ist, daß nach Art. 70 Abs. II, 78 Abs. III BV die

1) VGHE n. F. 1959 S. 124

2) Eine verbindliche Wirkung des Landtagsbeschlusses dem Bürger gegenüber ist wegen Artikel 70, 1 BV von vornherein ausgeschlossen

3) Vergl. Urteil des BayVerfGH v. 30. 9. 1959, VGHE n. F. 1959 12. Band S. 121

Feststellung des Haushaltsplanes Sache des Landtags ist. Eine Detaillierung von Ausgabenposten durch den Landtag ist daher innerhalb des Haushaltsgesetzes durchaus möglich. Diese Aufteilung kann aber eben nur im Haushaltsplan erfolgen. Ist, wie hier, das Haushaltsgesetz aber bereits beschlossen und wird der Landtag weiterhin in dieser Sache lediglich durch einen Beschluß tätig, so liegt eine für die Verwaltungsbehörde rechtlich unverbindliche Handlung vor. "Entscheidend ist die unterste Stufe der Aufgliederung im Haushaltsplan. Sie bedeutet die letzte Möglichkeit einer Bindung der Verwaltung durch die politische Bewilligungsinstanz. Ist das Haushaltsgesetz beschlossen, so ist seine Ausführung Sache der Exekutive, die ihrerseits für ihr Tun und Unterlassen die Verantwortung trägt" 1).

Somit liegt auch hier keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber einer Verwaltungsbehörde oder einem Dritten, geschweige denn eine Bindung der Verwaltungsbehörde an den Beschluß des Landtags vor.

2. UNTERABSCHNITT

Zusammenwirken von Bund und Ländern

§ 25: Vorbemerkung

Für eine Behandlung der Fälle eines Zusammenwirkens beim Erlass eines VAes zwischen Bund und Ländern kommen hauptsächlich einmal die Fälle des Art. 84 Abs. V GG, wenn landeseigener Vollzug von Bundesgesetzen in Frage steht, zum zweiten die Fälle des Artikel 85 Abs. III u. IV GG für die Auftragsverwaltung durch die Länder in Frage. Obwohl im großen und ganzen die gleichen Gesichtspunkte wie in den vorhergehenden Abschnitten für eine Beurteilung dieser Fälle maßgebend sind, soll einiger Besonderheiten wegen und der Vollständigkeit halber kurz darüber gesprochen werden.

§ 26: Artikel 84 Abs. V GG

Zur Veranschaulichung soll ein Beispiel herangezogen werden, das unter § 13 Abs. I des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31. 3. 1952 2) - ZHG - 3) fällt. Diese Bestimmung lautet:

1) Urteil des BayVerfGH vom 30. 9. 1959, VGHE n. F. 1959 S. 125 f mit Hinweis auf Vialon S. 40, 41, 501; Kern MDR 1950 S. 655; Hettlage DÖV 1955 S. 33 Nr. 7

2) BGBI I S. 221

3) Darüber, daß es sich im Fall des § 13 ZHG um ein Mitwirkungsrecht des Bundes nach Art. 84, V GG handelt, vergl. die zutreffenden Ausführungen von Kratzer in BayVB1 1958 S. 75

"Wurde die zahnärztliche Prüfung im Ausland abgelegt, oder ist ein Bewerber, der die Prüfung im Inland abgelegt hat, nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes, so kann seine Erlaubnis zur Ausübung der Zahnheilkunde, oder in besonderen Fällen eine Bestallung nur erteilt werden, wenn die Bundesregierung nicht widerspricht. Die Erlaubnis oder die Bestallung kann nur im Benehmen mit der Bundesregierung versagt werden". In einem von Kratzer 1) erwähnten Fall hatte das Bayer. Staatsministerium des Innern als zuständige oberste Landesbehörde den Antrag eines in Bayern wohnenden Bewerbers deutscher Staatsangehörigkeit mit ausländischer zahnärztlicher Prüfung abgelehnt, da der Bundesminister des Innern der vom Bayerischen Innenministerium beabsichtigten Erlaubniserteilung mangels Gleichwertigkeit der ausländischen Prüfung widersprochen hatte. Die Landesbehörde teilte dies dem Antragsteller mit, worauf dieser Anfechtungsklage zum BayVGh erhob 2). Ein Urteil erging nicht, da im Laufe des Verfahrens die Erlaubnis doch erteilt wurde.

1) Rechtsnatur der Mitwirkung des Bundes:

Neben dem Grundsatz, daß Wirkung nach außen nur immer die Handlung der Behörde äußern kann, die dem Bürger gegenübertritt, kommt in diesem Fall noch ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt hinzu:

Grundsätzlich muß davon ausgegangen werden, daß die Bundesrepublik Deutschland ein "souveränitätsteilender Bundesstaat" ist 3) m. a. W. : "Bund und Länder sind nebengeordnete Staaten mit ursprünglicher, unmittelbar vom Volk abgeleiteter Staatsgewalt, deren Kompetenzen sowohl durch die gliedstaatliche Einordnung der Länder in den Bund, als auch durch deren Unabhängigkeit vom Bund inhaltlich näher bestimmt und verfassungsrechtlich festgelegt worden sind 4)". Die Bundesstaaten sind soweit und solange unabhängig vom Bund, als ein ungehindertes Funktionieren des Gesamtorganismus des Bundes dies ermöglicht, und zwar stehen sie dem Bund gleichgeordnet gegenüber 5). Im landeseigenen Wirkungsbereich sind die Länder unabhängig vom Bund, während im bundeseigenen Wirkungsbereich der Bund im Verhältnis zu den Ländern die Stellung eines umfassenden Gesamtstaates hat, mit allen sich daraus ergebenden Folgen für eine Bindung der Länder an den Bund. Maßgebend für die Abgrenzung ist einzig und allein das Grundgesetz mit seinen Kompetenznormen. Diese Vorschriften geben an, wie weit die Funktionen der einzelnen Staatsgewalten (Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung) reichen 6). Insbesondere kommt hier die Vorschrift des

1) Kratzer BayVBl 1958 S. 74 ff

2) Wegen der Frage der Zuständigkeit des VGh vergl. den zitierten Aufsatz von Kratzer, BayVBl 1958 S. 75

3) vergl. Hatschek S. 4, 8, 57 ff u. v. Mangoldt S. 126 Vorb. 3, 127, 134

4) Rohwer - Kahlmann ArchÖR 79 S. 219

5) vergl. Art. 20 I G, Maunz S. 156 f, Nawiasky Grundgedanken S. 35 ff, BVerfGE 1 S. 34

6) vergl. Rohwer - Kahlmann ArchÖR 79 S. 219

Artikel 83 GG in Frage, wonach die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen, soweit das GG nichts anderes bestimmt oder zuläßt.

Wenn man zugrunde legt, daß es sich im Fall des § 13 Abs.I ZHG um den landeseigenen Vollzugsbereich eines Bundesgesetzes handelt 1), so ist schon wegen Art. 83 GG ein VA des Bundes nicht möglich. Zwar wird vereinzelt noch an dem Gebilde des sogenannten "überregionalen VAs" festgehalten 2), eine derartige Konstruktion widerspricht jedoch klar der Regelung des Art. 83 GG 3), da diese Vorschrift ganz allgemein ohne jeden Unterschied jede Form der vollziehenden Gewalt meint. Im übrigen sollte ja eine Mitwirkung des Bundes gerade durch Art. 84 Abs. V GG ermöglicht und gewährleistet werden 4).

Eine andere Form der Mitwirkung des Bundes ist grundsätzlich abzulehnen, da es sich dann um eine Form der sogenannten "Mischverwaltung" 5) handelte, die bei der strengen Trennung von Bund und Ländern auf dem Gebiet der Verwaltung als unzulässig anzusehen ist 6). Nur in Form von Weisungen, auch in Form von Zustimmungserfordernissen 7) kann also der Bund eingreifen. Zutreffend folgert Kratzer 8): "Da sohin im Einzugsgebiet des Art. 84 GG der Bund grundsätzlich keine Möglichkeit hat, den Staatsbürger unmittelbar anzusprechen, kann auch der Widerspruch der Bundesregierung nach § 13 Abs.I Satz 1 ZHG kein VA sein".

Nur das Staatsministerium des Innern tritt dem Staatsbürger gegenüber auf, ist ihm gegenüber verantwortlich, erläßt daher den VA.

2) Bindung des Landes an die Entscheidung des Bundes:

Daß die Länder in eigener Zuständigkeit den VA erlassen, bedeutet allerdings noch nicht, daß sie damit auch völlig unabhängig vom Bund entscheiden könnten. Sowohl Wortlaut als auch richtige Auslegung lassen vielmehr darauf schließen, daß der Bund ein erhebliches Mitspracherecht besitzt, das in allen Fällen, die sich auf Art. 84 Abs. V GG gründen, sogar als Bindung der Landesbehörde zu betrachten ist. Nur wenn die Landesbehörden nicht abweichend von der Weisung des Bundes entscheiden können, ist tatsächlich gewährleistet, daß die Belange

1) Das ZHG gründet sich auf Art. 74 Nr. 19 GG

2) vergl. Fußlein DVBl 1951 S. 33 ff, Mangoldt S. 449 ff, Weingart BayVBl 1960 S. 174 ff

3) vergl. Hamann S. 207

4) vergl. auch Kratzer BayStAnz v. 19. 11. 1949 Nr. 46, BayStAnz v. 1. 4. 50 Nr. 13 und in BayVBl 1958 S. 76, sowie Hamann S. 307 und die dort zitierte Literatur

5) vergl. dazu auch Gerner BayVBl 1955 S. 195 ff

6) vergl. Hamann S. 308, Kratzer BayVBl 1958 S. 75

7) vergl. Hamann S. 308

8) Kratzer BayVBl 1958 S. 76

des Bundes auch wirklich gewahrt bleiben. Daß sich daraus keine Änderung der Rechtsnatur der Weisung als verwaltungsinterner Einzelakt ergibt, wurde bereits prinzipiell bei der Behandlung der früheren Fälle erläutert.

§ 27: Artikel 85 Abs.III und IV GG

Nicht anders zu beurteilen ist die Rechtslage bei der Durchführung der Auftragsverwaltung durch die Länder. Zwar läßt Art. 85 Abs.III auch generelle Weisungen der Bundesbehörden zu 1), an der grundsätzlichen klaren Trennung von Bund und Ländern ändert sich hierbei jedoch nichts. So hat der BGH in einem Urteil vom 30.12.54 2) festgestellt, daß insbesondere auch im Rahmen der Auftragsverwaltung die Länder selbständig, d.h. in eigener Zuständigkeit und Verantwortung tätig werden und der Bund auf die in Art.85 GG abschließend geregelten Einwirkungsmöglichkeiten beschränkt bleibt 3). Auch hier erläßt die Landesverwaltungsbehörde den VA. Der Bund tritt nur durch sein Weisungsrecht auf den Plan. Daß die Landesverwaltung in den Fällen der Auftragsverwaltung an die Weisung des Bundes gebunden ist, bedarf wohl keiner näheren Ausführung, wenn schon eine Bindung in den Fällen des landeseigenen Vollzugs von Bundesgesetzen bejaht wurde.

3. UNTERABSCHNITT

Zusammenwirken bei einer kreisfreien Stadt

§ 28: Zusammenwirken im Fall des Artikel IV ZAG

Der Vollständigkeit halber sei hier noch ein kurzes Wort über die Fälle angefügt, bei denen verschiedene Referate einer kreisfreien Stadt zum Erlaß eines VAes gegenüber dem Bürger zusammenwirken. Wie schon ausgeführt 4), gehören diese Fälle streng genommen nicht mehr zum Thema dieser Arbeit, da ein Zusammenwirken zweier Behörden das Vorliegen zweier wesensverschiedener juristischer Personen des öffentlichen Rechts verlangt. Die einzelnen Referate (sei es auch im fiskalischen Interessenkreis) sind jedoch nur Teile eines einheitlichen Ganzen, des Stadtrates, der als Behörde in diesem Sonderfall der kreisfreien Stadt sowohl die Funktionen der Selbstverwaltungskörperschaft Gemeinde, als auch die sonst dem Landratsamt obliegenden Aufgaben zu erfüllen hat. Wenn trotzdem ein Beispiel für diese Fälle angeführt wird, so nur deshalb, weil dabei ein Hinweis auf die sogenannten "In-sich-VAe" möglich ist.

1) vergl. Hamann S.314

2) NJW 1955 S.298

3) vergl. auch Gerner BayVBl 1955 S.194

4) Siehe I. Abschn. S.5 f

Nach Art. IV ZAG 1) kann die Entwehrung unter den Voraussetzungen des Art. I ZAG u. a. auch von Gemeinden in Anspruch genommen werden. Dabei ist jeder Antrag auf Zwangsabtretung mit den erforderlichen Unterlagen bei der Kreisverwaltungsbehörde einzureichen.

Bei der kreisfreien Gemeinde fallen die Aufgaben dieser beiden Behörden zusammen. Sie werden von zwei Referaten wahrgenommen, beispielsweise vom Städt. Tiefbauamt (wenn der Bau einer Straße in Frage steht) und vom Amt für Kreisverwaltungsaufgaben. Das Problem wird dann interessant, wenn das in Frage stehende Grundstück der Stadt selbst gehört. Früher wurde in diesem Zusammenhang nämlich die Auffassung vertreten, daß "eine hoheitlich handelnde Stelle auch gegenüber dem eigenen Verbands im Hinblick auf dessen fiskalischen Interessenkreis einen VA erlassen könne" 2). Gerade in dem vorliegenden Fall zeigt sich am deutlichsten die Unhaltbarkeit des sogenannten "In-sich-VAes", ganz abgesehen davon, daß, wie Obermayer sehr richtig bemerkt 3), der Fiskus eines öffentlich-rechtlichen Verbandes dessen Hoheitsgewalt nicht im gleichen Maße ausgeliefert ist, wie eine außenstehende Person, und daß in allen Fällen der Stadtrat als übergeordnetes Organ für beide Teile mit innerdienstlich verbindlicher Kraft entscheiden kann. Es kann im vorliegenden Fall einzig und allein auf die Eigentumsfrage ankommen. Eigentümer ist und bleibt sowohl vor als nach allen Entscheidungen die Stadt, gleichgültig, welches Referat darüber Entscheidungen trifft 4).

Damit ist gezeigt, daß die Probleme, die gegebenenfalls bei kreisangehörigen Gemeinden in diesem Zusammenhang aktuell werden können, bei der kreisfreien Stadt nicht auftreten.

1) Siehe I. Abschn. S. 9 Nr. 4

2) Obermayer VA S. 68 mit Literaturhinweis

3) Obermayer VA S. 68

4) Über das Problem der unabhängigen Verwaltungsausschüsse vergl. Obermayer VA S. 68 Anm. 204 und die dort zitierte Literatur.

V. ABSCHNITT

Der fehlerhafte zusammengesetzte VA

1. UNTERABSCHNITT

Mängel der Teilakte

§ 29: Vorbemerkung

Als eine der wichtigsten Fragen ist vorweg zu klären, welcher Akt eigentlich auf seine Fehler untersucht werden soll. Diese Frage ist keineswegs so selbstverständlich zu beantworten, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag.

Bei der bisherigen Betrachtung der Probleme, die beim Zusammenwirken mehrerer Behörden entstehen, wurde immer scharf getrennt zwischen dem VA im eigentlichen Sinn, den die unmittelbar dem Bürger gegenüber tretende Behörde erläßt und dem Mitwirkungsakt einer weiteren Behörde. Selbst an den Stellen, an denen das Verhältnis zwischen Bürger und Staat behandelt wurde, wurde davon ausgegangen, daß dem Bürger gegenüber nur die sogenannte Erlaßbehörde auftritt, während der Zustimmungsakt als etwas davon systematisch Getrenntes erschien. Dies war aus Gründen der größeren Deutlichkeit und klareren Abgrenzung notwendig.

Sobald das Verhältnis Staat - Bürger jedoch mit dem Makel des Fehlers auf Seiten des Staates behaftet ist, erscheint es unabdingbar, auf die Einheit dieser staatlichen Maßnahme gegenüber dem Bürger hinzuweisen. Wohl kann sich der Akt des Staates in beliebig viele Einzelteile aufgliedern, dem Bürger gegenüber ergeht jedoch ein VA. Das Vorliegen oder Fehlen eines Teils dieses Aktes wirkt sich auf die mehr oder minder große Fehlerhaftigkeit des VAes aus. Nicht ist dagegen eine Unterscheidung danach möglich, daß der Zustimmungsakt wirksam, der Akt der Erlaßbehörde dagegen unwirksam sei. Wenn auch im folgenden die Unterscheidung zwischen diesen beiden Akten beibehalten wird, so nicht nur, weil der tatsächliche Ablauf zwei oder mehr getrennte Handlungen benötigt, sondern vor allem deshalb, weil es auch hier die systematische Aufgliederung erleichtert. Nur darf in der Gesamtschau nicht die Einheit eines derartigen Aktes übersehen werden.

Dies darf andererseits freilich auch nicht dazu verleiten, den Akt der Erlaßbehörde nur als Teil eines neuen Gesamtaktes eigener Prägung anzusehen, der Zustimmungsakt und VA umschließt. Der Zustimmungsakt ist ein Teil des Verfahrens, das für besondere Fälle eines VAes vorgeschrieben ist, ein Verfahrensteil, der aus einem selbständigen, wenn auch vom Bürger nicht anfechtbaren Akt einer anderen Behörde besteht. Der "zusammengesetzte VA", wenn man so will, ist der VA an sich, wie er dem Bürger gegenüber ergeht, einschließlich des Zustimmungsaktes.

§ 30: Mängel des unmittelbar dem Bürger gegenüber ergehenden Aktes

Wie im Laufe der Untersuchung festgestellt wurde, handelt es sich bei den Akten, die dem Staatsbürger gegenüber unmittelbar ergehen, um VAe 1). Da die Lehre von den fehlerhaften VAen schon eine gewisse Stabilität erfahren hat, soll hier im wesentlichen der herrschenden Lehre gefolgt und daher weniger ausführlich darauf eingegangen werden.

Ist der dem Bürger gegenüber ergehende Akt fehlerhaft, so bleibt es bei den Folgen, die auch ein allein für sich ohne das Erfordernis eines Mitwirkungsaktes ergehender, beliebiger, fehlerhafter VA auslösen würde. Diese wichtige Feststellung erleichtert die Behandlung des Problems wesentlich. Ob der verwaltungsinterne Akt in Ordnung ist oder nicht, das ist solange für die Beurteilung der Fehlerlosigkeit des zusammengesetzten VAes unerheblich, als der Akt der Erlaßbehörde selbst fehlerhaft ist. Nie kann der zusammengesetzte VA unaufhebbar sein, wenn der dem Bürger gegenüber ergehende Akt aufhebbar ist, nie der zusammengesetzte VA wirksam, wenn jener nichtig ist. Es genügt daher für die Behandlung der Fehler des Aktes der Erlaßbehörde davon auszugehen, daß der Zustimmungsakt in Ordnung ist.

Hinsichtlich der Arten der Mangelhaftigkeit von VAen wird hier der Einteilung von Forsthoff 2) und Eyermann-Fröhler 3) in Mängel, die Aufhebbarkeit und Mängel, die Nichtigkeit auslösen, gefolgt 4). Nach dieser, im großen und ganzen der herrschenden Meinung entsprechenden Einteilung kann folgendes gesagt werden: "Der nichtige VA ist grundsätzlich allgemein unbeachtlich" 5), während der aufhebbare VA zunächst 6) gültig ist. Als Merkmal einer, wenn auch letzten Endes an der Zweckmäßigkeit ausgerichteten, verbindlichen Unterscheidung dieser beiden Begriffe darf mit der herrschenden Meinung wohl der Grad der Schwere des Fehlers herangezogen werden. "Schwere Fehler, welche es gebieten, aus Erwägungen der staatlichen Ordnung oder des individuellen Interesses einem VA jede rechtliche Wirksamkeit von vornherein abzusprechen, führen zur Nichtigkeit, leichtere zur Aufhebbarkeit" 5).

Allerdings erscheint es gerade im Hinblick auf das vorliegende Thema unerläßlich, auch kurz auf die von der herrschenden Meinung abweichenden Theo-

1) Von den seltenen Fällen, daß es sich bei dem Zusammenwirken um eine echte gleichartige Mitwirkung wie etwa im Fall des § 5 Abs. II FVG (vergl. III. Abschn. S. 58 ff) handelt, soll hier vorerst abgesehen werden.

2) Forsthoff S. 203 ff

3) Eyermann-Fröhler S. 209 ff

4) Jellinek S. 262 ff unterscheidet dagegen zwischen Unwirksamkeit, Anfechtbarkeit und Widerruflichkeit (vergl. auch Groebe DVBl 1959 S. 761 Anm. 68)

5) Forsthoff S. 208

6) Ule VA S. 260 ff und 278 f

rien einzugehen, da diese, insbesondere die sogenannte Evidenztheorie, unter Umständen zu anderen Ergebnissen bei der Beurteilung fehlerhafter Mitwirkungsakte führen würde.

Die Abgrenzung von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit war und ist noch in der Lehre umstritten. In einer Zeit, in der mangelhafte Verwaltungsakte in der Regel nicht gegen den Willen der erlassenden Behörde oder der Aufsichtsbehörde unwirksam gemacht werden, also nicht auf Anfechtungsklage gerichtlich aufgehoben werden konnten, neigte man eher zur Annahme grober Fehlerhaftigkeit mit Nichtigkeitsfolge, als in der Gegenwart, in der im weitesten Maße Rechtsschutz gegen VAe gewährt ist (Artikel 19 Abs. IV GG). Trotzdem erscheint die sogenannte Evidenztheorie als zu eng. Nach dieser insbesondere von Ule 1), sowie auch in der Rechtsprechung 2) vertretenen Lehre, muß, um Nichtigkeit eines VAes annehmen zu können, neben einem schwerwiegenden inhaltlichen und verfahrensmäßigen Verstoß dieser Fehler auch offenkundig, d. h. für den aufmerksamen und verständigen Durchschnittsbeobachter ohne weiteres erkennbar sein, so daß der VA nicht einmal den äußeren Rechtsschein eines solchen aufweisen kann. Es würde eine zu große Einschränkung bedeuten, wenn man die Offenkundigkeit entscheiden ließe. Es würde zu Unrecht dann nicht mehr entscheidend auf den Inhalt des VAes, auf seinen rechtlichen Gehalt ankommen, sondern es würde auch VAen, denen die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge von Anfang an nicht möglich ist, zumindest bis zur Anfechtung eine unmittelbar rechtserhebliche Wirkung beigelegt. Für die Frage, ob ein VA seinem Wesen nach überhaupt existent wird, kann es entscheidend nicht darauf ankommen, ob der Fehler offenkundig war. Auch die von Wolff 3) vertretene "objektive Evidenztheorie" berücksichtigt zu wenig, daß die Entscheidung über die Wirksamkeit eines VAes letztlich nur aus seinem Wesen fallen kann. Wie wichtig die Entscheidung über diese Streitfrage ist, zeigt sich insbesondere auch bei den hier in Frage stehenden VAen. Folgt man nämlich der Evidenztheorie, so wird man bei kaum einem mitwirkungsbedürftigen VA, bei dem der Mitwirkungsakt fehlt oder fehlerhaft ist, zur Nichtigkeit kommen können, da in aller Regel die Zustimmungsakte im internen Behördenverkehr ergehen, wobei dem Staatsbürger jeder Einblick verschlossen bleibt. Man wird daher mit der herrschenden Lehre davon ausgehen dürfen, daß entscheidend allein die Schwere des Mangels ist, an dem der VA leidet, daß dann, wenn ein schwerer Rechtsverstoß evident ist, in jedem Fall Nichtigkeit vorliegt, daß aber die Nichtigkeit nicht auf die Fälle der Offenkundigkeit beschränkt ist.

Danach ergibt sich folgender kurzer Überblick:

- 1) Grundsätzlich nichtig sind die Fälle, in denen die erlassende Behörde örtlich

1) Ule VA S. 260 ff und 278 f

2) Hess. VGH v. 29.4.1953, VerwRspr 6 Nr. 42; BGH v. 17.1.1952, VerwRspr 4 Nr. 81; OVG Münster v. 9.3.1956, DVBl 1957, 21

3) Wolff I S. 258

einem anderen selbständigen Verwaltungsträger angehört 1), m. a. W. im Falle der fehlenden "Verbandskompetenz" 2). Ebenfalls als nichtig anzusehen ist die sachliche Unzuständigkeit einer Behörde, sowohl wenn die höhere statt der niederen Behörde handelt, als auch erst recht im umgekehrten Fall.

Das Fehlen der vorgeschriebenen Form, zumindest soweit sie die Wahrung der gesetzlich vorgeschriebenen "Formtypen" betrifft, hat gleichermaßen Nichtigkeit zur Folge 3).

Bei den inhaltlichen Mängeln lösen Anordnungen von tatsächlicher Unmöglichkeit, gesetzlose oder gesetzwidrige Akte, deren Verstoß schwer ist (beispielsweise Anordnung strafbarer Handlungen), unsinnige oder unverständliche Akte deren Nichtigkeit aus 4).

- 2) Alle übrigen Fehler (etwa fehlende örtliche Zuständigkeit innerhalb des gleichen Verwaltungsträgers, Mängel in der Besetzung der Behörde, tatsächliches Unvermögen oder Wahl des falschen Mittels) lassen dagegen den VA bestehen. Sie bewirken nur seine Aufhebbarkeit.

Fehler die das Verfahren betreffen, wurden in dieser kurzen Zusammenstellung ausgelassen, da hierauf im nächsten Kapitel ausführlich eingegangen werden muß.

Zusammenfassend darf also gesagt werden, daß - die Fehlerlosigkeit des Mitwirkungsaktes vorausgesetzt - sich die Wirksamkeit des zusammengesetzten VAs grundsätzlich nach den gleichen Voraussetzungen bemißt, wie bei den VAen, die ohne weitere Mitwirkungshandlung ergehen. Über den Einfluß der Fehlerhaftigkeit des Mitwirkungsaktes auf den Gesamtakt soll das nächste Kapitel Aufschluß geben.

§ 31: Mängel des Mitwirkungsaktes

Ungleich größere Probleme werfen die Fehler auf, die nur den Mitwirkungsakt, den verwaltungsinternen Einzelakt betreffen 5).

1) vergl. Forsthoff S. 211 f

2) vergl. E. R. Huber II S. 716 f u. Ule VA S. 282

3) vergl. insbes. die zutreffenden Ausführungen v. Forsthoff S. 218 ff

4) vergl. Forsthoff S. 220 ff u. die dort zitierte Literatur

5) Keiner Erörterung bedürfen wohl die Fälle, in denen beide Akte fehlerhaft sind. Dabei ist immer darauf zu sehen, ob beide Fehler in ihrer Gesamtheit den VA so beeinträchtigen, daß Nichtigkeit die Folge ist, oder ob selbst zwei Fehler den Akt nur aufhebbar machen.

1. Kapitel: Ergehen des VAes ohne die gesetzlich vorgeschriebene Mitwirkung der anderen Behörde

Der größte und einschneidendste Mangel des Gesamtaktes ist zweifelsohne der Fall, daß der Akt der Erlaßbehörde ohne den Zustimmungsakt der Mitwirkungsbehörde ergeht. Hier sind zwei Fälle denkbar: Entweder übersieht die Entscheidungsbehörde die Pflicht zur Einholung der Zustimmung oder die Zustimmungsbehörde versagt die Zustimmung und die Entscheidungsbehörde erläßt den VA trotzdem.

1) Als krassester Fall mag letzterer hier zunächst behandelt werden. Wie schon im letzten Kapitel ausgeführt, kann die Mangelhaftigkeit eines Aktes in der Form der Aufhebbarkeit oder der Nichtigkeit vorkommen. Dabei ist der VA, mag er noch so fehlerhaft sein, im Zweifel nicht unwirksam 1). Für seine Gültigkeit spricht die Vermutung 2). Es müssen schwerwiegende Fehler vorliegen, um die Nichtigkeit eines VAes zu rechtfertigen. Beispielsweise wird, wie schon erwähnt, bloße Aufhebbarkeit dann angenommen, wenn etwa die örtliche Zuständigkeit innerhalb des gleichen Verwaltungsträgers nicht gegeben ist, oder bei sachlicher Unzuständigkeit, wenn die Obliegenheiten der fraglichen Behörden sowohl räumlich als auch sachlich in enger Beziehung zueinander stehen. Mit all diesen Fällen läßt sich aber etwa die nach § 9 Abs. II FStrG oder die nach § 57 Abs. IV GewO erforderliche Zustimmung nicht vergleichen. In diesen Fällen fehlt bei verweigerter Zustimmung eine vom Gesetz vorgeschriebene Voraussetzung für den Erlaß des VAes. Von einem ordnungsgemäßen Verfahren kann aber nur dann gesprochen werden, "wenn die gesetzlich vorgesehenen Beteiligten auch tatsächlich mitwirken" 3), und zwar in der Art, wie das Gesetz es vorschreibt. Diese Definition Groebes trifft im wesentlichen den Kern der Sache, wenngleich nicht übersehen werden darf, daß sie sich in einigen Fällen als etwas zu weit gefaßt erweist. Allein die Tatsache, daß das Gesetz eine Mitwirkung verlangt, kann einen so schweren Fehlergrad, wie er für die Nichtigkeit erforderlich ist, noch nicht rechtfertigen. Vielmehr muß das Fehlen des gesetzlich vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes auch wegen der Art der Mitwirkung die Schwere des Fehlers begründen. Würde man allein die Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift (= Vorschrift der Beteiligung einer anderen Behörde) als Nichtigkeitsgrund gelten lassen, so würde das zu untragbaren Konsequenzen führen. Dann müßte nämlich jede Gesetzesverletzung - und in der Praxis beruht ja jeder fehlerhafte VA auf der Verletzung irgend einer gesetzlichen Vorschrift - zur Nichtigkeit des VAes führen. Dieses Ergebnis kann nicht richtig sein. Wenn das Gesetz, wie im Fall des § 70 BO 4) die Mitwirkung

1) Jellinek S. 268

2) Forsthoff S. 206, Eyermann-Fröhler VGG S. 122, Mang I S. 108

3) Groebe DVBl 1959 S. 761; vergl. auch Forsthoff S. 216 u. Jellinek S. 271

4) vergl. I. Abschn. S. 11 Nr. 10b

einer anderen Behörde auf eine Anhörung oder ein Gutachten beschränkt, so daß die Entscheidungsbehörde nicht an die Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde gebunden ist, so kann das Fehlen dieser Mitwirkungshandlung, wenn die betreffende Behörde nicht gehört würde 1), keinesfalls einen so großen Mangel darstellen, daß Nichtigkeit die Folge wäre. Hier soll vielmehr nur gesichert werden, daß die Ansicht einer bestimmten Behörde bei der Entscheidung wenigstens in Betracht gezogen wurde, daß dieser Behörde Gelegenheit zur Stellungnahme geboten wurde, mehr aber nicht. Auf die Entscheidungsfreiheit hat diese Stellungnahme keinen Einfluß, ihr Fehlen kann daher nur Aufhebbarkeit zur Folge haben. Aufhebbar allerdings ist der Akt in diesen Fällen, nicht etwa fehlerlos, denn immerhin wurde formell eine gesetzliche Vorschrift verletzt und materiell eine Stellungnahme, deren Beachtung für die Entscheidung von Bedeutung ist, nicht erholt 2).

Für die Fälle, in denen das Gesetz die Mitwirkung einer anderen Behörde in Form der Zustimmung vorschreibt, bedeutet das Fehlen dieser Mitwirkung bzw. der Erlaß des VAes bei verweigerter Zustimmung der Mitwirkungsbehörde dagegen einen so schweren Verfahrensmangel, daß nur Nichtigkeit die Folge sein kann. Denn nur mit Zustimmung der Mitwirkungsbehörde kann die entscheidende Behörde den VA erlassen. Sie ist an die Stellungnahme der Zustimmungsbehörde, wenigstens hinsichtlich der von dieser zu beurteilenden Gesichtspunkte gebunden. Hält sie diese Vorschrift nicht ein, so ist der Wille des Gesetzgebers verletzt, daß in diesem Punkte maßgebend die Ansicht der Mitwirkungsbehörde sein soll. Wenn aber einer Behörde diese Möglichkeit genommen wird, so ist diese Verletzung noch schwerer, als wenn die sachlich unzuständige Behörde bei sonst materiell richtiger Entscheidung gehandelt hätte. Denn hier liegt der Fehler nicht nur darin, daß nicht die Ansicht der gesetzlich vorgesehenen Behörde maßgebend wird, sondern daß dazu auch noch materiell gegen deren Auffassung entschieden wird. Dieser Fehler aber ist so schwer, daß die einzige Folgerung nur Nichtigkeit sein kann. Thomas 3) lehnt die Annahme von Nichtigkeit ab. "Wenn auch das Gesetz vorsieht, daß die Baugenehmigung nur mit Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde erteilt werden darf, so ist es nicht Sache des Baulustigen, sich bei der für die Erteilung der

-
- 1) Der Fall, daß gegen die Ansicht der Mitwirkungsbehörde entschieden wurde, kann in diesen Fällen höchstens zu Fehlerhaftigkeit führen, da, wie schon ausgeführt, die Entscheidungsbehörde an das Gutachten gar nicht gebunden ist.
 - 2) Die Unterscheidung von Eyermann-Fröhler S.212 Anm.7 danach, ob eine Mitwirkung von über- bzw. untergeordneten Behörden vorgeschrieben ist, oder gleichgeordnete Behörden zusammenwirken, bzw. nur eine Anhörung erforderlich ist, kann, da sie zu wenig auf das wesentliche (die Schwere des Fehlers) abstellt, nicht verwendet werden.
 - 3) Thomas DVBl 1959 S.763

Baugenehmigung zuständigen Behörde, wenn diese ihm die Genehmigung aus-
händigt, zu erkundigen, ob sie auch evtl. erforderliche Zustimmungen ande-
rer Behörden eingeholt und erhalten habe. Der Staatsbürger, dem von der zu-
ständigen Behörde eine Bauerlaubnis erteilt wird, muß darauf vertrauen dürfen,
daß er nunmehr sein Bauvorhaben beginnen kann. "Um nicht in Widerspruch
mit der herrschenden Meinung zu kommen, die, wie er selbst anführt, etwa
im Recht der öffentlichen Sachen, insbesondere bei der Entstehung durch Wid-
mung, bei fehlender Zustimmung Nichtigkeit annimmt 1), befürwortet er eine
Unterscheidung danach, "ob das Zustimmungserfordernis im Interesse einzelner
oder im öffentlichen Interesse eingeführt worden ist" 2). Dieses Ergebnis ist je-
doch, ganz abgesehen davon, daß allein schon die Unterscheidung von öffent-
lichem Interesse und Einzelinteresse gegebenenfalls weitere schwierige Rechts-
fragen aufwirft und das Problem damit noch verworrener gestaltet, nicht ein-
mal durch Zweckmäßigkeitsgründe gerechtfertigt. Sollte tatsächlich einmal
trotz verweigerter Zustimmung der Landesstraßenbaubehörde 3) ein VA der Bau-
genehmigungsbehörde ergehen, so ist der Bürger zwar mit seinem daraufhin er-
richteten Bau im Unrecht, was zugegebenermaßen große Schwierigkeiten für
ihn bringen kann. In diesen Fällen hilft ihm jedoch dann immer noch der An-
spruch aus § 839 BGB auf den später noch 4) zurückzukommen sein wird. Zu
Recht wendet sich Thomas jedoch gegen die Auffassung Clasen 5) von den zwei
Verwaltungsakten 6), da als Folgerung daraus ein selbständiger VA allein des-
wegen nichtig wäre, weil ein anderer selbständiger VA nicht erteilt worden ist.

- 2) Gilt nun der Grundsatz der Nichtigkeit auch in dem weniger krassen Fall, daß
die Zustimmung aus Versehen nicht eingeholt wurde, daß also eine an sich
notwendige Entscheidung der Zustimmungsbehörde gar nicht vorliegt?

Clasen 7) hält (wieder im Falle des § 9 Abs. II FStrG) die erteilte Baue-
nehmigung für schwebend unwirksam. Thomas 8) widersetzt sich die-
ser Auffassung, da seiner Meinung nach der aus der Baugenehmigung berechti-
gte "ohne Frage" nach Erteilung dieser Genehmigung mit dem Bau rechtmäßig
beginnen könne. Er hält vielmehr die Baugenehmigung für schwebend
wirksam. 9) Es erübrigt sich, die Argumente für die eine oder andere An-

1) Mit Hinweis auf Forsthoff S. 218

2) Thomas DVBl 1959 S. 764

3) für den Fall des § 9 Abs. II FStrG

4) vergl. V. Abschn. S. 95 f

5) Clasen NJW 1959 S. 754

6) vergl. Thomas DVBl 1959 S. 764

7) Clasen NJW 1959 S. 752

8) Thomas DVBl 1959 S. 763

9) auch in der Frage, was aus der schwebenden (Un-)Wirksamkeit wird, wenn spä-
ter die Zustimmung versagt wird, ob Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, gehen
die Ansichten der beiden Verfasser auseinander (vergl. Thomas DVBl 1959 S. 763 f)

sicht abzuwägen, da beide Meinungen nach der hier vertretenen Auffassung schon von falschen Voraussetzungen ausgehen. Wie Groebe 1) richtig erkennt, ist der von Clasen und Thomas herangezogene Begriff der schwebenden Unwirksamkeit bzw. Wirksamkeit ein typisch zivilrechtlicher Ausdruck, der im Verhältnis von Bürger zu Bürger seine unbestrittene Berechtigung hat, der aber im öffentlichen Recht, speziell auf dem Gebiet des VAes, mehr als problematisch erscheint. Das Auftreten der öffentlichen Gewalt darf nicht auf den unsicheren Boden einer möglichen Unwirksamkeit gebaut sein, "der VA als Willenserklärung einer übergeordneten Gewalt, die für den Unterworfenen zunächst bindend ist, muß sofort klare Verhältnisse schaffen." Richtiger Ansicht nach muß davon ausgegangen werden, daß, wie im Falle der verweigerten Zustimmung durch die Mitwirkungsbehörde, eine vom Gesetz geforderte Beteiligung einer zur Mitentscheidung berufenen Behörde fehlt 2). Ein derartiger Mangel ist jedoch so schwerwiegend, selbst wenn er nur aus Versehen erfolgte, daß er die Nichtigkeit der Vorschrift zur Folge haben muß 3).

- 3) Damit ist auch allen Theorien über eine mögliche Heilung des VAes durch nachträgliche Zustimmung der Boden entzogen. Ein nichtiger Akt kann nicht dadurch, daß ein ursprünglich fehlender Teil nachgeholt wird, sei es ex tunc oder ex nunc Wirksamkeit erlangen. Trotz gewisser Unterschiede läßt sich dieser Fall mit einer nach aufsichtlicher Genehmigung zu veröffentlichenden Gemeindefestsetzung vergleichen. Mit einem derartigen Fall aus jüngerer Zeit hatte sich der BayVG 4) zu befassen. Dort war eine Gemeindefestsetzung ohne die vom Gesetz vorgeschriebene Genehmigung der Aufsichtsbehörde ordnungsgemäß verkündet worden. Der BayVG entschied in diesem Fall, daß die vor der Genehmigung liegende Veröffentlichung einer Satzung unwirksam sei, "weil es nicht angängig ist, der Öffentlichkeit Vorschriften als bindend bekannt zu geben, von denen noch nicht feststeht, ob sie jemals Wirksamkeit erlangen". 5) Trotz seiner Bedenken 6) gegen diese Rechtsprechung des BayVG 7) wendet Groebe 8) die Grundgedanken dieser Entscheidung zutreffend auch auf den Fall der nicht erhaltenen Zustimmung zu einem VA an, denn es "ist doch die Baugenehmigung

1) Groebe DVBl 1959 S. 762 mit Hinweis auf Eyermann-Fröhler VGG

2) Auch hier natürlich nur wieder für die Fälle, daß eine Mitwirkung in Form der Zustimmung oder Genehmigung vorliegt, daß die Entscheidungsbehörde also insoweit an die Ansicht der Mitwirkungsbehörde gebunden ist.

3) So auch Groebe DVBl 1959 S. 762

4) BayVB 1959 S. 93

5) vgl. auch BayObLG, BayVB 1955 S. 284

6) vgl. auch Groebe BayVB 1959 S. 182

7) sie sei für die Praxis unbequem, da die Satzung nach der daraufhin eingeholten Genehmigung noch einmal bekannt gemacht werden müsse.

8) Groebe DVBl 1959 S. 762

die hoheitliche Feststellung der Behörde, daß die durch die Rechtsordnung bestimmten Einschränkungen der Baufreiheit beachtet sind 1). Auch solche Feststellungen kann man nicht in die Öffentlichkeit dringen lassen - zwar nur in der Form der Zustellung an einen einzelnen, aber doch mit erheblicher Wirkung für die Öffentlichkeit -, ehe nicht feststeht, daß die Rechtsordnung keine weitere Einschränkung der Baufreiheit gebietet."

Ist somit ohne oder gegen die Zustimmung der Mitwirkungsbehörde ein VA ergangen, so ist dieser Akt dem Bürger gegenüber nichtig, mit der Folge, daß, sollte die Mitwirkungsbehörde ihre Ansicht später ändern und zustimmen, bezw. die vergessene Zustimmung nachträglich eingeholt werden, die Behörde, die den VA zu erlassen hat, gezwungen ist, noch einmal tätig zu werden, um mit der nun vorliegenden Zustimmung erst einen wirksamen VA zu erlassen, denn, "da es sich um ein juristisches Nichts handelt, kann auch eine Heilung des anhaftenden Mangels die Gültigkeit nicht herstellen 2)". Der klare dogmatische Aufbau kann und darf nicht einer bequemerem Handhabung der Praxis zuliebe geopfert werden. Um Verwirrung und Rechtsunsicherheit beim Bürger zu vermeiden, der sich gegebenenfalls zwei gleichlautenden Entscheidungen der Behörde gegenüber sähe, genügte es, wenn innerhalb des zweiten Bescheides (des gültigen VAes) ein Hinweis angebracht würde, daß der erste als VA ergangene Bescheid ungültig sei.

Lediglich aufhebbar ist dagegen der VA, wenn die gesetzlich vorgesehene "Anhörung" oder ein "Gutachten", d.h. eine Beteiligung in Form einer Willensäußerung, an welche die entscheidende Behörde nicht gebunden ist, nicht erfolgte.

In diesen Fällen ist dann auch eine Heilung des Mangels durch nachträgliche Einholung des Gutachtens nach den Grundsätzen, wie sie für die Heilung aufhebbarer VAe entwickelt wurden, möglich.

2. Kapitel: Fehlende, nicht auf gesetzlicher Regelung beruhende Mitwirkung einer anderen Behörde

- 1) Die im ersten Kapitel behandelten Beispiele betreffen nun immer die Fälle, daß Grundlage für ein Zusammenwirken mehrerer Behörden eine gesetzliche Vorschrift ist. Gleiches muß jedoch auch dann gelten, wenn statt der gesetzlichen Vorschrift, eine im Range einer VO stehende Norm Grundlage für eine derartige Beteiligung ist 3). Die Tatsache allein, daß als Grundlage der Mitwirkungshandlung nur die "schwächere Form" der Normsetzung vorliegt, recht-

1) mit Hinweis auf VGHE n.F. Band 5 S.121 u. 193

2) Forsthoff S.208

3) Beispielsweise § 9 der VO zur Durchführung des Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande (s.I. Abschn. S. 11 Nr. 12)

fertigt keine andere Beurteilung, etwa in der Art, daß bei einer Verletzung dieser Vorschrift statt der Nichtigkeit nur Aufhebbarkeit des VAes die Folge sein kann. Auch VOen gehören zu den Grundpfeilern der Rechtsordnung, deren Verletzung notwendigerweise Nichtigkeit zur Folge haben muß. Das Erfordernis der Gesetzesform trennt die Gesetze nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht von den VOen. Materiell enthalten beide allgemein verbindliche Normen, deren Verletzung im wesentlichen gleiche Wirkungen auslöst.

Im übrigen muß noch einmal darauf hingewiesen werden, daß die Annahme von Nichtigkeit sich in erster Linie nicht nach der Frage richtet, ob ein Gesetz oder eine VO verletzt ist, sondern danach, ob das Nichtvorliegen der Zustimmungshandlung für sich allein einen solch gravierenden Mangel darstellt. Dies ist, wie schon gesagt, immer dann der Fall, wenn die Erlaßbehörde an die Mitwirkungshandlung der anderen Behörde gebunden ist.

- 2) Welche Folgen hat aber nun der weitere denkbare Fall, daß nämlich die Mitwirkungshandlung nur auf einer innerdienstlichen Anordnung beruht? Kann die unterlassene Mitwirkungshandlung Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit des VAes herbeiführen, oder hat sie dem Bürger gegenüber gar keine Wirkung?
 - a) Forsthoff 1) sagt dazu ohne nähere Begründung: "Ist jedoch eine nach außen allein zuständige Behörde nur innerdienstlich gehalten, im Einvernehmen mit einer anderen Behörde zu handeln, so ist das Fehlen dieses Einvernehmens ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des VAes". Auch Groebe 2) lehnt eine Wirkung auf den ohne Zustimmung ergangenen VA in den Fällen ab, in denen "nur durch Verwaltungsanordnung die Beteiligung einer anderen Behörde vorgeschrieben ist". 3)
 - b) Primär kann wohl gesagt werden, daß Nichtigkeit des VAes als Folge der Nichteinhaltung derartiger innerdienstlicher Anweisungen 4) ausscheidet. Innerdienstliche Anweisungen orientieren sich an der Aufgabe des Verwaltungsaufbaues. "Ihr Telos ist nicht die Abgrenzung von Rechtssphären nach außen gegenüber dem Staatsbürger, sondern die Aufrechterhaltung einer Ordnung im Inneren." 5) Ihre Verletzung bedeutet also nie einen derart schweren Mangel, daß im Interesse der Rechtssicherheit und des Schutzes des Bürgers eine solch folgenschwere Wirkung gerechtfertigt erschiene. Dazu kommt, daß durch innerdienstliche Anordnung nie die Bindung einer Entscheidungs-

1) Forsthoff S. 218 mit Hinweis auf Entscheidung des OVG Lüneburg vom 19. 3. 54, DVBl 1954 S. 547

2) Groebe DVBl 1959 S. 762

3) Auch die übrige Literatur geht an diesem Problem entweder vorüber oder lehnt eine Wirkung auf den VA ohne Begründung ab.

4) Beispielsweise im RdE zur VO über die Regelung der Bebauung v. 8. 9. 1936 (s. I. Abschn. S. 10 Nr. 9a)

5) Obermayer VA S. 107 mit Hinweis auf Fleiner S. 62 ff

behörde an die Zustimmung einer anderen Behörde verlangt werden könnte. Einschlägig sind hier allenfalls Bestimmungen, die lediglich eine Anhörung oder ein Gutachten einer anderen Behörde verlangen.

- c) Aber auch eine Aufhebbarkeit derartig "fehlerhafter" VAe scheidet aus. Aufhebbarkeit aufgrund einer Anfechtung durch den Staatsbürger scheitert schon daran, daß die Beteiligung der Zustimmungsbehörde aus rein verwaltungsinternen Gründen und auf verwaltungsinternem Wege erfolgt. Auf die Einhaltung derartiger Vorschriften hat der Staatsbürger jedoch keinen Anspruch, auch nicht im Rahmen einer Anfechtung des VAes.

Aber auch eine Rücknahme des VAes durch die Erlaßbehörde, da die innerdienstlich angeordnete Mitwirkung einer anderen Behörde fehle, verbietet sich aus dem gleichen Grunde. Ist der VA einmal dem Bürger gegenüber ergangen, so ist eine Rücknahme, wenn überhaupt, nur aus dem Grunde möglich, daß bei seinem Erlaß eine allgemein verbindliche Rechtsnorm (Gesetz oder VO) verletzt wurde, oder daß sein Inhalt gegen eine derartige Norm verstößt ¹⁾. Die Verletzung einer nur innerdienstlich angeordneten Mitwirkung einer Behörde verstößt aber nur gegen eine Anordnung innerhalb des Behördenapparates, erlassen von einer Verwaltungsbehörde mit ausschließlicher Bindung der Verwaltungsbehörden, ohne Wirkung nach außen.

Damit sind VAe dann nicht fehlerhaft im Sinne einer Anfechtungs- oder Aufhebungsmöglichkeit, wenn zwar eine erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nicht erfolgt ist, die Anordnung dieser Mitwirkung aber lediglich auf eine innerdienstliche Anweisung gegründet ist.

3. Kapitel: Sonstige Fehler des Mitwirkungsaktes

Neben der Möglichkeit, daß der Mitwirkungsakt völlig fehlt, bzw. bei erforderlicher Zustimmung gegen die Auffassung der Mitwirkungsbehörde entschieden wird, gibt es natürlich eine ganze Skala von Fehlern des Mitwirkungsaktes, die sich auf die Fehlerlosigkeit des VAes auswirken können. Hier ist davon auszugehen, daß der verwaltungsinterne Akt der Mitwirkungsbehörde als ein Teil des Verfahrens für den Erlaß des VAes anzusehen ist. Nach der Schwere des Verstoßes gegen die vorgeschriebene Beteiligung der Mitwirkungsbehörde richtet sich wiederum der Grad der Fehlerhaftigkeit. Es ist überflüssig, im einzelnen noch einmal die denkbaren Fälle aufzuzählen. Es genügt darauf hinzuweisen, daß etwa die Mitwirkung einer völlig sachfremden Behörde - im Fall des § 9 Abs. II FStrG etwa des Finanzministeriums - als Nichtigkeitsgrund anzusehen ist, daß dagegen etwa Abweichungen in der Form der Beteiligung als leichte Verstöße nur Aufhebbarkeit nach sich ziehen können.

1) Soweit nicht schon wegen der Schwere des Fehlers Nichtigkeit angenommen wurde.

§ 32: Fehlen eines Mitwirkungsaktes bei gemeinsamem Erlaß von VAen

Ein kurzes Wort sei in diesem Zusammenhang noch der Möglichkeit gewidmet, daß zwei Behörden "echt" zum Zustandekommen eines VAes beitragen, daß sie also, wie im Falle des § 5 Abs. II FVG, beide gemeinsam den VA auch nach außen hin erlassen. Hier sind die Probleme wesentlich klarer und einfacher zu lösen. Fehlt ein Mitwirkungsakt, sei es, daß er übersehen, sei es, daß gegen die andere Behörde entschieden wurde, so kann weit mehr noch, als wenn nur Zustimmung einer Behörde verlangt ist, wegen fehlender Mitwirkung einer dazu gesetzlich verpflichteten Behörde nur Nichtigkeit die Folge sein. Es kann kein VA, höchstens nur der Schein eines VAes vorliegen, da nicht die zum Erlaß zuständige Stelle gehandelt hat. Zuständig zum Erlaß sind "der Bundespräsident und die zuständige Stelle des Landes". Entscheidet allein der Bundespräsident oder die Landesbehörde, so kann das nur ein völlig wirkungsloser Akt sein, der Fehler ist zu schwer.

Liegt einer der anderen Nichtigkeits- oder Aufhebbarkeitsgründe vor, so ist bei der Beurteilung ihrer Wirkung davon auszugehen, daß ein VA vorliegt, nicht etwa zwei. Hat der Mangel eines Teilaktes so großes Gewicht, daß der ganze VA mit einem schweren Mangel behaftet ist, so ist Nichtigkeit die Folge. In den übrigen Fällen bleibt es bei der Aufhebbarkeit.

2. UNTERABSCHNITT

Rücknahme und Widerruf

§ 33: Vorbemerkung

Wie schon erwähnt, kann ein aufhebbarer VA entweder durch den Bürger angefochten werden, oder aber unabhängig von der Anfechtungsfrist unter gewissen Voraussetzungen von der erlassenden Behörde selbst wieder aufgehoben werden. Ob und wann nun eine Behörde ihre eigenen Akte wieder aufheben kann, darüber besteht keine gesetzliche Regelung. Rechtsprechung und Schrifttum haben im Laufe der Zeit Grundsätze entwickelt, die als Grundlage für die besonderen Probleme bei der Mitwirkung mehrerer Behörden herangezogen werden sollen.

Prinzipiell ist zwischen rechtmäßigen und fehlerhaften, sowie zwischen begünstigenden 1) und belastenden VAen zu unterscheiden 2). Terminologisch hat sich dabei für die Aufhebung eines fehlerhaften VAes das Wort "Rücknahme" und für die Aufhebung eines fehlerfreien VAes die Bezeichnung "Widerruf" durchge-

1) Zum Begriff des begünstigenden VA vergl. die Entscheidungen des BVerwG vom 3.12.1954 (BVerwGE I S.247) u. v. 31.10.1955 (BVerwGE 2 S.290)

2) vergl. Forsthoff S.238

setzt 1) 2).

Für die Fälle des Zusammenwirkens mehrerer Behörden sind zwei Fälle denkbar, in denen eine Behörde ihren Akt rückgängig machen will. Entweder hebt die Zustimmungsbehörde, oder die dem Bürger gegenüber entscheidende Behörde ihren Akt wieder auf. Da im letzteren Fall die Rechtslage genauso zu beurteilen ist, wie wenn ein ohne Zustimmungserfordernis ergangener VA wieder rückgängig gemacht wird (in beiden Fällen wird ein VA aufgehoben), soll in der Hauptsache auf den Fall der Rücknahme durch die Zustimmungsbehörde eingegangen werden.

§ 34: Rücknahme und Widerruf ihrer Zustimmung durch die Mitwirkungsbehörde

1. Kapitel: Aufhebung vor Erlass des VAes

Am einfachsten sind die Fälle zu beurteilen, in denen die Zustimmungsbehörde ihre Mitwirkungshandlung zu einem Zeitpunkt zurücknimmt, in dem der durch die andere Behörde zu erlassende VA noch nicht ergangen ist. Aus dem Wesen des verw. int. EAes als Regelung zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Inneren, nicht aber zur Abgrenzung nach außen gegenüber dem Staatsbürger 3), ergibt sich schon, daß eine Handlung, die bisher noch in diesem Bereich geblieben ist, nach außen noch keine Wirkung erzeugt hat. Ein Akt aber, der innerhalb der Behördenorganisation geblieben ist, kann jederzeit zurückgenommen oder widerrufen werden. Sinn der Erschwerung einer Aufhebbarkeit fehlerfreier oder fehlerhafter Maßnahmen durch die erlassende Behörde ist ja der Grundsatz des Vertrauensschutzes in der Rechtsordnung, der den Staatsbürger weitgehend davor schützen soll, daß Maßnahmen von Behörden, auf deren Bestand er vertrauen durfte, plötzlich ihre Gültigkeit verlieren. Es gehört zu den bemerkenswertesten Fortschritten unserer Rechtsentwicklung, daß der Rechtsuchende mit Erfolg geltend machen kann, er sei in seiner objektiven Rechts- und Interessenlage durch die Verwaltung beeinträchtigt 4). Bei verw. int. EAen stehen jedoch Rechte des Bürgers nicht auf dem Spiel, eine Rücksicht auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes ist damit entbehrlich. Zutreffend betont dies auch Bachof 5), wenn er sagt: "Die Weisung

1) Haueisen, DVBl 1957 S. 506 mit Nachweisen; vergl. auch Forsthoff S. 238 f, Schäfer S. 2

2) Zwischen Rücknahme und Widerruf besteht ein wesentlicher Unterschied. Die Rücknahme muß in der Bezogenheit auf den fehlerhaften VA, um dessen Aufhebung es sich handelt, gesehen werden. Er ist reiner actus contrarius. Der Widerruf hat ein selbständiges Handeln der Verwaltung zur Voraussetzung, das neben seiner Relation zum aufzuhebenden Akt eigenständige Elemente aufweist (Forsthoff S. 242)

3) vergl. Obermayer VA S. 107 und Fleiner S. 62 ff

4) Fischbach S. 229; Urteil des OVG Münster v. 5. 3. 1954, MDR 1954 S. 506

5) Bachof VA S. 297

des Vorgesetzten an den Untergebenen, der übergeordneten an die nachgeordnete Behörde, der Staatsbehörde an die in Auftragsangelegenheiten tätig werdende Gemeinde bleiben, solange ihnen kein der Weisung entsprechendes äußeres Verhalten folgt, intern und damit rechtlich irrelevant". Diese Feststellung versteht sich immer unter der Voraussetzung, daß der verw.int. EA nicht gleichzeitig einer anderen Person (oder auch der angewiesenen Behörde) gegenüber einen VA darstellt. Aber selbst in diesen Fällen wäre eine Rücknahme der verwaltungsintern betroffenen Behörde gegenüber ohne weiteres wirksam, der damit gleichzeitig ergangene VA könnte aber nur unter den besonderen Voraussetzungen, die bei der Rücknahme bzw. beim Widerruf von VAen erfüllt sein müssen, zurückgenommen werden.

Für die Fälle, daß der verw.int. EA vor Erlass des VAes von der Behörde selbst aufgehoben wird, ist nach dem Gesagten eine Unterscheidung von Widerruf und Rücknahme überflüssig.

2. Kapitel: Aufhebung nach Erlass des VAes

Auch nach Erlass des VAes (unter Zustimmung der Mitwirkungsbehörde) ändert sich an der freien Rücknehmbarkeit der Zustimmung durch die Mitwirkungsbehörde nichts. Durch die Rücknahme oder den Widerruf der Zustimmung wird unmittelbar ja nicht in das Recht des Bürgers eingegriffen. Daß dadurch der VA fehlerhaft werden kann, da ein Verfahrenserfordernis wieder weggefallen ist, hat nur mittelbare Wirkung. Erst wenn die Behörde, die den VA erlassen hat, etwa deshalb, weil nun der VA durch die Rücknahme der Zustimmung wieder fehlerhaft geworden ist, den VA zurücknimmt, ist der Bürger rechtlich betroffen, und erst im Hinblick auf den ihm gegenüber ergehenden Akt können die Grundsätze Anwendung finden, die Lehre und Rechtsprechung für die Aufhebbarkeit entwickelt haben und die in diesem Zusammenhang kurz angeführt werden sollen:

- 1) Bei rechtswidrigen, belastenden VAen ist die Rechtspflicht der Behörde zur Rücknahme allgemein anerkannt 1). Dem Betroffenen wird in der Regel auch der sogenannte Folgenbeseitigungsanspruch zuerkannt 2).
- 2) Bei den rechtsfehlerhaften, begünstigenden VAen gestaltet sich das Problem der Rücknahme schwieriger.

1) vergl. ForsthoFF S.239. HauEisen, NJW 1954 S.1425 ff, läßt diese Rechtspflicht allerdings mit Eintritt der formellen Rechtskraft enden und stellt es dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde anheim, ob sie einen rechtswidrigen, formell rechtskräftigen VA zurücknehmen will.

2) vergl. Urteil des VGH Stuttgart vom 30.4.1948, DVBl 1950 S.792 ff (mit Anmerkung von Stückrath) und Urteile des BayVGH v. 25.9.1950, DVBl 1950 S.795, des OVG Hamburg vom 5.3.1951, VRspr Bd.4 S.42 sowie des VGH Stuttgart v. 17.5.1951, VRspr Bd.4 S.79. Ausführlich: Bachof Klage S.98 ff u. Bettermann DÖV 1955 S.528 ff.

- a) Für eine Rücknahme mit ex tunc-Wirkung haben sich im wesentlichen zwei Hauptauffassungen gebildet. Nach der ersten ist jeder VA, der gegen eine gebietende Rechtsnorm verstößt, zurückzunehmen 1). Nach der zweiten Auffassung muß ein überwiegendes öffentliches Interesse die Rücknahme rechtfertigen 2).

Beim Vergleich beider Meinungen ist der letzteren der Vorzug zu geben, da sie sich im wesentlichen darauf stützt, daß jede Verwaltungstätigkeit an das öffentliche Interesse gebunden ist und darin ihre Ermächtigung und Schranke findet 3). Dabei ist gegen Emerig 4) und mit Forsthoff 5) zu sagen, daß das Handeln der Verwaltungsbehörde bei der Aufhebung eines VAs "nicht aus der Verknüpfung mit dem aufzuhebenden VA zu lösen ist". "Die Rücknahme ist, anders als der Widerruf, dessen actus contrarius". Wohl aber - und hier ist Forsthoff 6) im Unrecht - bedarf es zur Rücknahme eines überwiegenden öffentlichen Interesses aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes, denn "der Anspruch auf Vertrauensschutz rangiert in der allgemeinen Wertordnung vor dem Rechtsschutzanspruch und ist diesem übergeordnet, weil das Prinzip vom Vertrauensschutz ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist" 7). Dazu kommt, daß beide, sowohl der Grundsatz des Vertrauensschutzes, wie das Rechtsschutzprinzip zum Schutze des Staatsbürgers geschaffen sind. Wenn daher hier der Vertrauensschutz weitergeht, ist er im Interesse des Bürgers vorzuziehen.

- b) Die Rücknahme mit ex nunc Wirkung ist dagegen in der Regel möglich, da die Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen VAs auch für die Zukunft nicht geboten erscheint. Der Begünstigte hat im allgemeinen keine derart weit-

-
- 1) Urteile des BayVG vom 8.11.1951, VRspr 1952 S.144; BVerwG v. 28.6.1957, DVBl 1958 S.56 ff (59); des BGH v. 26.2.1951, NJW 1951 S.359; des OVG Münster v. 14.6.1955, DÖV 1956 S.151; ferner: Dickmann DÖV 1957 S.278, Schütz DÖV 1958 S.449 (vergl. Kritik Haueisens gegenüber Schütz, NJW 1958 S.1661 ff), Forsthoff S.241.
- 2) Urteil des OVG Berlin vom 14.11.1956, DVBl 1957 S.503 ff; des BVerwG vom 29.5.1958, ZBR 1958 S.247 f, mit Zustimmung von Menger VerwArch 1959 S.86 f; u.v. 23.1.1958 ZBR 1958 S.248; ferner: Haueisen DVBl 1957 S.506 ff, Wolff I § 53 III c S.280 u. § 53 IV c S.285, sowie Menger Verw Arch 1958 S.83
- 3) vergl. Emerig DVBl 1959 S.795 mit Hinweis auf Urteil des OVG Berlin vom 14.11.1956, DVBl 1957 S.503 ff (505); Wolff I § 29 S.119; Ule VerwArch 1957 S.89
- 4) Emerig DVBl 1959 S.795 f
- 5) Forsthoff S.239 und 241
- 6) Forsthoff S.240 f
- 7) Emerig DVBl 1959 S.797 mit Hinweis auf Menger VerwArch 1959 S.89 und Fischbach S.290

gehenden Planungen getroffen, die einen Ausschluß der Beseitigung erforderten (in Einzelfällen kann dies allerdings möglich sein). 1)

- 3) Der Widerruf fehlerfreier, belastender VAe ist dagegen wieder unproblematisch möglich 2).
- 4) Fehlerfreie, begünstigende VAe dagegen sind grundsätzlich nicht widerrufbar. 3) Das erscheint verständlich, wenn man bedenkt, daß die Lösung, die für fehlerhafte VAe galt, erst recht bei den fehlerfreien Anwendung finden muß. Ein Widerruf kann nur dann als zulässig angesehen werden, wenn "dringende, von der Behörde zu vertretende, öffentliche Interessen ihn nach pflichtgemäßem Ermessen unabweisbar gebieten" 4).

Maßgebend für alle Aufhebungsbestrebungen von Seiten der Behörden sollte jedoch letztlich immer der Grundsatz sein, daß den Bürger zu schützen die vornehmste Aufgabe im materiellen Rechtsstaat ist. "Nicht das öffentliche Interesse ist die Richtschnur für die Frage nach dem Widerruf, sondern die stärkste Bedeutung soll der Einzelne in seiner staatsfreien Sphäre finden" 5).

3. UNTERABSCHNITT

Schuldhaftes Nichtbeteiligung der Mitwirkungsbehörde

§ 35: Amtshaftungsanspruch und sonstige öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche

Als letztes stellt sich schließlich noch die Frage, welche Folgen die (schuldhaft) Nichtbeteiligung der Mitwirkungsbehörde für die den VA erlassende Behörde hat.

Es soll hierbei weniger auf die Einwirkung durch aufsichtliche Maßnahmen der vorgesetzten Behörde, die im üblichen Rahmen daraufhin erfolgen würden, eingegangen werden. Problematisch ist vielmehr die Frage, ob der Staatsbürger über die Amtshaftung nach § 839 BGB/Art. 34 GG einen Ersatz des Schadens verlangen kann, oder ihm gar noch ein weitergehender Anspruch (etwa aus Aufopferung oder Enteignung) zusteht.

- 1) Es besteht kein Zweifel, daß etwa die Baugenehmigungsbehörde im Falle des § 9 Abs. II FStG gehalten ist, von Amts wegen die Zustimmung einzuholen, "denn sie hat alle der Erteilung einer Bauerlaubnis entgegenstehenden Hindernisse, insbesondere solche rechtlicher Art, vor der Erteilung von Amts wegen zu beachten" 6). Unterläßt die Genehmigungsbehörde schuldhaft die Einholung der

1) vergl. Emerig DVBl 1959 S. 798

2) vergl. Forsthoff S. 242

3) Urteil des BGH vom 29.1.1953, VerwRspr Band 5 S. 278

4) Forsthoff S. 243

5) Emerig DVBl 1959 S. 798

6) Clasen NJW 1959 S. 754

Zustimmung, so macht sie sich gegenüber dem Staatsbürger, der im Fall des § 9 Abs. II FStrG möglicherweise sein Haus schon gebaut hat und nun zum Abbruch gezwungen ist 1), nach den Grundsätzen von § 839 BGB/Art. 34 GG haftbar.

- 2) Daneben aber hat der BGH die auf Entscheidungen des RG beruhende Rechtsentwicklung dahingehend ausgebaut, die früher vereinzelt gesetzlich normierten Entschädigungsansprüche zu einem möglichst umfassenden Vermögensschutz auszugestalten. Diese Entwicklung ist einmal durch die Verschiebung der Trennungslinie zwischen Enteignung und Aufopferung, zum anderen und in erster Linie durch eine Auflösung der Grenzen zwischen Enteignungs- und Aufopferungsrecht einerseits und Amtshaftungsrecht andererseits gekennzeichnet. Durch den Beschluß des Großen Zivilsenats des BGH vom 9./10.6.1952 2) werden die schuldlos rechtswidrigen Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Vermögenssphäre von Zivilpersonen als enteignungsgleiche Eingriffe behandelt. Das Gericht führt dabei u.a. aus:

"Es ist aber geboten, unrechtmäßige Eingriffe der Staatsgewalt in die Rechtssphäre eines Einzelnen dann wie eine Enteignung zu behandeln, wenn sie sich für den Fall ihrer gesetzlichen Zulässigkeit sowohl nach ihrem Inhalt als auch nach ihrer Wirkung als eine Enteignung darstellen würden, und wenn sie in ihrer tatsächlichen Wirkung dem Betroffenen ein besonderes Opfer auferlegt haben. Die Beschränkung des Tatbestandes der Enteignung in Art. 153 WRV und in Art. 14 GG auf rechtmäßige Eingriffe des Staates bedeutet ihrem Sinn nach eine Beschränkung für die Zulässigkeitsvoraussetzungen eines solchen Eingriffs, nicht aber eine Beschränkung für die Zubilligung eines Entschädigungsanspruchs."

In der Entscheidung vom 16.10.1952 3) wird dieser Gedanke konsequent fortgeführt: Der für schuldlos rechtswidrige Eingriffe entwickelte Grundsatz müsse "auch dann und sogar erst recht dann zur Anwendung gelangen, wenn ein solcher Eingriff schuldhaft vorgenommen ist". Als Ergebnis ist auf Grund dieser Rechtsprechung jedenfalls festzuhalten, daß derjenige, der durch die rechtswidrige Nichtbeteiligung der Mitwirkungsbehörde Schaden erlitten hat, nicht nur dann einen Anspruch auf Entschädigung hat, wenn der Eingriff schuldlos, sondern auch dann, wenn er schuldhaft gewesen ist.

- 3) Auch hinsichtlich des Verhältnisses des Entschädigungsanspruches zum Amtshaftungsanspruch muß trotz der Bedenken in der Literatur 4) dem BGH gefolgt werden, wenn er in seinem Beschluß vom 12.4.1954 5) ausführt, daß das sub-

1) vergl. dazu Thomas DVBl 1959 S.763 f

2) BGHZ 6,270 ff

3) BGHZ 7,296 ff

4) vergl. Wolff I S.354 u. die dort zitierte Literatur

5) BGHZ 13,88 ff

jektive Merkmal des Verschuldens außerhalb des Rechtsbegriffes der Enteignung wie auch der Aufopferung liege. An der Opferlage des Betroffenen ändert sich nichts dadurch, daß zu der Rechtswidrigkeit des Eingriffs noch ein Verschulden des Beamten hinzutritt. Der deshalb zu bejahende Entschädigungsanspruch wegen eines schuldhaft rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriffs wird auch nicht etwa durch § 839 BGB/Art. 34 GG verdrängt. Die beiden Ansprüche stehen weder im Verhältnis der Subsidiarität noch der Spezialität.

VI. ABSCHNITT

Verfassungsrechtliche, prozeßrechtliche und kostenrechtliche Fragen

§ 36: Verfassungsrechtliches Problem 1)

Daß das Zusammenwirken mehrerer Verwaltungsbehörden auch zu ernsthaften verfassungsrechtlichen Problemen führen kann, darauf weisen insbesondere zwei Urteile höchster deutscher Gerichte hin. Das Urteil des BayVerfGH vom 10. 3. 1951 2) und das Urteil des BVerwG vom 10. 5. 1955 3) befassen sich jeweils mit dem Problem, ob eine Gesetzesvorschrift gegen die Verfassung verstößt, die einer Behörde die Entscheidungsbefugnis nach außen zuerkennt, sie im Innenverhältnis aber vollständig an die Entscheidung einer anderen Behörde kettet. Demonstriert wird dieses Problem einmal an der ehemaligen Rechtsanwaltsordnung für Bayern vom 6. 11. 1946 (BayRAnwO) 4) und zum anderen in der ehemaligen Rechtsanwaltsordnung für die britische Zone vom 10. 3. 1949 (RAnwOBrZ) 5) 6). Zwar ist dieses Problem speziell im Hinblick auf die beiden erwähnten Rechtsanwaltsordnungen durch die neue Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAnwO) vom 1. 8. 1959 7) nicht mehr aktuell, denn die Regelung in § 8 und 9 BRAnwO legt die Entscheidungsbefugnis über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft eindeutig in die Hände der Landesjustizverwaltung. Der früher bestehende Streit um die Entscheidungsbefugnis der Landesjustizverwaltung ist mit dieser Regelung also erledigt.

Trotzdem bleibt dieses verfassungsrechtliche Problem in seiner allgemeinen Bedeutung als Prinzip interessant genug, um wenigstens kurz behandelt zu werden, vor allem, weil sich daraus wichtige Rückschlüsse auf die schon behandelten Fälle ziehen lassen, bei denen die den VA erlassende Behörde an die Zustimmung der Mitwirkungsbehörde gebunden ist.

1) Nach der BayRAnwO entschied die Landesjustizverwaltung über die Zulassung

1) Über ein weiteres verfassungsrechtliches Problem, das heute jedoch nicht mehr streitig ist, über die generelle Frage der Verfassungsmäßigkeit von Genehmigungsvorbehalten (im Gemeinderecht) vergl. insbes. Mörtel BayVB1 1960 S. 145 ff, für den Fall des staatlichen Mitwirkungsrechtes bei der Baulanderschließung.

2) NJW 1951 S. 455 f

3) NJW 1955 S. 1530

4) BayBS III S. 45

5) VOBlBrZ S. 80

6) Die übrige Literatur bejaht mehr oder minder kritiklos eine Bindung der LJv an das Gutachten des Vorstands der RAK, ohne des näheren auf die Problematik einzugehen, so z.B. Cüppers Anm. 1a z. § 12, Cüppers NJW 1949 S. 363, Wolff NJW 1950 S. 324, Thuncke DVBl 1950 S. 521, Erdsiek DRZ 1949 S. 230, OVG Münster NJW 1954 S. 526

7) BGBl I S. 565

zur Rechtsanwaltschaft. Vor der Entscheidung war der Vorstand der RAK gutachtlich zu hören (§ 3 BayRAnwO). Nach § 5 BayRAnwO mußte die Zulassung versagt werden, wenn bestimmte objektive Merkmale vorlagen (Ziff. 1, 2, 3, 4 erste Alternative) oder bei Sachverhalten, die nach ihrer Vereinbarkeit mit der Ausübung des Rechtsanwaltsberufes gewertet werden mußten (Ziff. 4 zweite Alternative, 5, 6). Das Gesetz bestimmte, daß diese Wertung "nach dem Gutachten des Vorstandes der RAK" von der LJV zu erfolgen habe. Der BayVerfGH folgerte daraus, daß diese Wertung "nach dem Gesetz der RAK allein und mit bindender Wirkung für die Justizverwaltung" übertragen sei.

"Der Justizverwaltung ist mit dieser Bindung keinerlei Spielraum für eigene Entscheidung gelassen. Trotzdem ist sie es, die die Zulassung versagen muß, unter Umständen gegen ihre eigene Überzeugung. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (Art. 3 BV) verlangt, daß ein Staatsorgan, das eine Entscheidung zu treffen hat, dafür die Verantwortung trägt. Verantwortung kann nicht tragen, wer in seiner Entscheidung inhaltlich in vollem Umfang an die Willensentschließung eines anderen gebunden ist. Die Bestimmung der RAnwO in § 5 Ziff. 4 zweite Alternative, 5 und 6, wonach die Landesjustizverwaltung nach dem Gutachten des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer entscheiden muß, widerspricht also dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit und macht diese Bestimmung insoweit verfassungswidrig und nichtig."

Was die prinzipielle Feststellung betrifft, daß der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verlangt, daß ein Staatsorgan, das eine Entscheidung zu treffen hat, dafür auch die Verantwortung trägt, muß hier dem BayVerfGH gefolgt werden. Es geht nicht an, daß eine Behörde, die faktisch allein über eine Sache entscheidet, dann, wenn es gilt für diese Entscheidung die Verantwortung zu übernehmen, dem Bürger entgegenhalten kann, daß nicht sie für diesen Akt maßgebend sei, daß der Bürger sich vielmehr an die Stelle wenden müsse, die ihm gegenüber aufgetreten sei. Denn andererseits kann die dem Bürger gegenüber tretende Behörde genauso gut auf die eigentlich entscheidende Behörde verweisen, da sie selbst ja nur ausführendes Organ dieser Stelle sei. Geht aber die weitere Folgerung des BayVerfGH, daß infolgedessen § 5 Ziff. 4 zweite Alternative, 5 und 6 BayRAnwO insoweit verfassungswidrig und nichtig sei, wirklich in Ordnung?

- 2) Zur besseren Erläuterung soll hierfür die schon erwähnte Entscheidung des BVerwG vom 10.5.1955 herangezogen werden. Diese Entscheidung fällt das Gericht über die ähnlichen Bestimmungen der RAnwOBrZ.

Nach § 12 Satz 1 RAnwOBrZ entschied die Landesjustizverwaltung über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Satz 2 bestimmte, daß vor der Entscheidung der Vorstand der RAK zu hören sei. Schließlich hieß es in Satz 3: Zur Zulassung ist die Zustimmung des Vorstandes der RAK erforderlich; dieser kann

die Zustimmung nur aus den in diesem Gesetz bezeichneten Fällen versagen.

Auch das BVerwG geht davon aus, daß eine Verantwortung für eine Entscheidung nur tragen kann, wer in eigener Verantwortung prüft, ob die von ihm zu treffende Entscheidung dem Gesetz entspricht. Damit ist aber auch schon ein Unterschied zur Formulierung durch den BayVerfGH angedeutet. Das BVerwG läßt es nicht bei der allgemeinen Formel bewenden, daß Verantwortung nicht tragen könne, wer in vollem Umfang an die Entscheidung einer anderen Behörde gebunden sei, es versucht vielmehr gerade den Begriff des vollen Umfangs näher abzugrenzen. Es fährt nämlich fort:

"Da eine Versagung der Zulassung aus anderen, als den in den §§ 15 und 16 RANwOBrZ genannten Gründen rechtswidrig wäre, muß die LJV, bevor sie eine von dem Vorstand der RAK empfohlene Ablehnung ausspricht, sich selbst ein Urteil darüber bilden, ob die vom Vorstand der RAK geltend gemachten Ablehnungsgründe im Gesetz ihre Grundlage finden."

Sie selbst hat dies also zu prüfen, so daß insoweit jedenfalls eine Abhängigkeit von der RAK nicht gegeben ist.

Das damalige Berufungsgericht hatte eine weitergehende Prüfungsbefugnis der LJV verneint, insbesondere dahingehend, ob der Bewerber den in Bezug auf die Eignung und Zuverlässigkeit zu stellenden Anforderungen genüge. Dazu führt das BVerwG aus:

"Diese abweichende Auffassung des Berufungsgerichtes würde letzten Endes dazu führen, daß die LJV gegenüber der Klage eines abgelehnten Bewerbers unter Umständen für die Aufrechterhaltung einer Entscheidung eintreten müßte, von deren Gesetzmäßigkeit sie möglicherweise selbst nicht überzeugt wäre ... Der erkennende Senat hält daher an der in seiner bereits erwähnten Entscheidung vom 29.6.1954 (BVerwG I C 169/53) 1) zum Ausdruck gebrachten Auffassung fest, daß die LJV nicht dergestalt an ein ablehnendes Gutachten des Kammervorstandes gebunden ist, daß sie gehalten wäre, die Zulassung ohne weiteres zu versagen. Vielmehr ist die LJV nicht nur befugt, sondern mit Rücksicht darauf, daß sie die Zulassung nur aus den in den §§ 15 u. 16 RANwOBrZ genannten Gründen versagen darf, auch verpflichtet, bevor sie eine ablehnende Entscheidung trifft, in eigener Verantwortung zu prüfen, ob ein gesetzlicher Versagungsgrund vorliegt. Soweit der Vorstand der RAK, wie das hier geschehen ist, Ablehnungsgründe geltend macht, die nicht zwingend zur Versagung der Zulassung führen müssen, sie aber nach § 16 RANwOBrZ rechtfertigen,

1) Schon dort hatte das BVerwG u. a. ausgeführt (NJW 1954 S. 1662 f), daß der Geschwörer alle Einwendungen gegen das ablehnende Gutachten des Kammervorstandes auch im Verfahren gegen den seine Zulassung endgültig versagenden Bescheid der LJV geltend machen könne, da ein solcher Bescheid nur dann rechtmäßig auf das Gutachten des Kammervorstandes gestützt werden dürfe, wenn dieses selbst mit dem Gesetz in Einklang stehe.

muß die LJV prüfen, ob der Vorstand der RAK in Ausübung des ihm anvertrauten pflichtgemäßen Ermessens fehlerfrei im Sinne des Gesetzes gehandelt hat."

- 3) Dieser Entscheidung des BVerwG, die in zutreffender Weise den wesentlichsten Gesichtspunkt für die Beurteilung derartiger Fälle herausstellt, muß in allen Punkten gefolgt werden. Es liegt immer dann eine eigene Entscheidung der nach außen auftretenden Behörde vor, wenn die Behörde, nach der sie sich zu richten hat, ihrerseits an konkrete Normen bei der Beurteilung gebunden ist. In all diesen Fällen, die wohl die Mehrzahl bilden, hat die Entscheidungsbehörde die Einhaltung dieser Vorschriften zu überwachen. Damit aber ist sie es, die letzten Endes über den Antrag befindet. Ja sogar die Einhaltung der Grenzen des Ermessens kann sie selbständig prüfen, und ist in den Fällen, in denen sie glaubt, daß die mitwirkende Behörde diese Grenze überschritten hat, nicht an deren Stellungnahme gebunden. Soweit sich jedoch die Mitwirkungsbehörde in diesen Fällen im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraumes hält, ist es mit dem eigenen Prüfungsrecht der nach außen auftretenden Behörde vorbei. Kommt, um im konkreten Fall zu bleiben, die LJV zu dem Ergebnis, daß zwar kein Ermessensmißbrauch vorliegt, daß ihre Ermessensentscheidung jedoch anders ausgefallen wäre, so ist sie gleichwohl an die abweichende Stellungnahme der RAK gebunden, m. a. W.: "Im Rahmen des unangreifbaren Ermessens ist die LJV an die Meinung des Vorstands der RAK gebunden" 1).

Hier beginnt der Raum, für den die Urteile des BVerwG und des BayVerfGH zu treffen. Insoweit, als der unangreifbare Ermessensspielraum der begutachtenden Stelle in Frage kommt, kann die "entscheidende" Behörde nicht mehr die Verantwortung für ihre Entscheidung tragen. In diesem Umfang sind Normen, wie die angeführten Bestimmungen der ehemaligen BayRAnwO und der ehemaligen RAnwOBrZ, verfassungswidrig und nichtig.

- 4) Wendet man das so gefundene Ergebnis auf die in den vorhergehenden Abschnitten behandelten Fälle von Mitwirkungshandlungen an, bei denen die Erlaßbehörde an die Entscheidung der Zustimmungsbehörde gebunden ist, so ergibt sich doch, daß zwischen den Fällen der ehemaligen Rechtsanwaltsordnungen für Bayern bezw. die britische Zone und den genannten Zustimmungs- bezw. Genehmigungserfordernissen ein wesentlicher Unterschied besteht. Zunächst einmal hat Groebe (DVBl 1959 S. 761) recht, wenn er meint, daß die Nichtigkeitserklärung einer Norm, welche die staatliche Justizbehörde an die Auffassung einer anderen Körperschaft des öffentlichen Rechts bindet, nicht als Begründung dafür dienen kann, daß eine staatliche Behörde nicht an die Stellungnahme einer anderen staatlichen Behörde gebunden werden könne. Nicht nur, weil sonst "zahllose Gesetze revidiert wer-

1) vergl. Heins NJW 1955 S. 1530 f

den müßten, deren Anwendung auf einen zusammengesetzten VA hinausläuft", sind die oben erwähnten Entscheidungen des BayVerfGH und des BVerwG hier nicht anwendbar. Der realere Grund ist vielmehr, daß bei der Bindung einer Staatsbehörde an die Entscheidung einer anderen Staatsbehörde ja immer nur der Staat dem Bürger gegenübertritt. Wie sich im Innenverhältnis der Staat arrangiert, das interessiert den Bürger nicht, hat auch ihm gegenüber keine Wirkung.

Daneben aber - und darauf geht Groebe und die vergleichbare Literatur nicht ein - besteht auch sachlich ein gewisser Unterschied zwischen den bisher behandelten Fällen der Mitwirkung einer anderen Behörde und den Fällen der beiden ehemaligen Rechtsanwaltsordnungen, der selbst ein Zusammenwirken zweier selbständiger öffentlich-rechtlicher Körperschaften dann nicht als verfassungswidrig erscheinen läßt, wenn die eine Behörde an die Auffassung der anderen gebunden ist.

Wie in den früheren Abschnitten bereits eingehend dargelegt, entscheidet in den sonstigen Fällen eines zusammengesetzten VAes (etwa bei § 9 Abs. II FStrG) die erlassende Behörde über eine Reihe von Gesichtspunkten, die für die Erteilung der Erlaubnis erforderlich sind. Jeweils nur auf einem Teilgebiet ist die Entscheidungsbehörde an die Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde gebunden, alle anderen Gesichtspunkte hat sie selbständig zu entscheiden. Das ist etwas anderes, als wenn im Falle der beiden Rechtsanwaltsordnungen die LJV über die Zulassung, das heißt über einen Komplex entscheidet, bei dem sie in vollem Umfang an die Entscheidung der RAK gebunden ist. Die Tatsache, daß sie überprüfen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen eingehalten sind, und sie bei Verletzung dieser Vorschrift auch gegen die Ansicht der RAK entscheiden kann, ändert nichts daran, daß sie bei Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften - im unangreifbaren Ermessensspielraum - in vollem Umfang an das Gutachten gebunden ist.

Damit ist ersichtlich, daß schon aus diesen Gründen beide Sachverhalte zu verschiedenen Beurteilungen nötigen, daß die Grundsätze der beiden erwähnten höchstrichterlichen Entscheidungen auf die übrigen Fälle von zusammengesetzten VAen angewendet, nicht zum gleichen Ergebnis führen.

§ 37: Rechtsstellung von Zustimmungs- und Erlaßbehörde im Widerspruchsverfahren und im Prozeß

1. Kapitel: Widerspruchsverfahren

Wie im Laufe dieser Untersuchung herausgearbeitet wurde, muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß als VA und damit als anfechtbar nur der Akt der unmittelbar dem Staatsbürger gegenüber auftretenden Behörde angesehen werden kann. Dann kann aber auch nur gegen diesen Akt im Widerspruchsverfahren

nach § 68 ff VwGO vorgegangen werden. Die Widerspruchsbehörde, die im Widerspruchsverfahren den Verwaltungsakt nachprüft, ist bei ihrer Nachprüfung darauf beschränkt, die Stellung einzunehmen, die die entscheidende Behörde bei Erlass des VA innehatte. Sie kann daher grundsätzlich nicht - im Gegensatz zum Gericht 1) - die Entscheidung der Mitwirkungsbehörde ersetzen. Bleibt daher die mitwirkungsbe-rechtigte Behörde auf ihrer Ablehnung bestehen, so ist auch die Widerspruchsbe-hörde an diese Entscheidung gebunden. Andererseits kann jedoch die Widerspruchsbe-hörde in den Fällen, in denen die Erstbehörde zu Unrecht eine ablehnende Stel-lungnahme der Mitwirkungsbehörde angenommen hat, oder in denen die Entschei-dungsbehörde sich zu Unrecht an die ablehnende Entscheidung der Mitwirkungsbe-hörde gebunden glaubte, die Entscheidung der erlassenden Behörde ändern. Auch ist die Widerspruchsbehörde nicht gehindert - soweit sie zur Überprüfung des Er-messens befugt ist - in den Fällen, in denen die Erlassbehörde nicht an die Entschei-dung der Zustimmungsbehörde gebunden war, ihr Ermessen hinsichtlich der Beach-tung der Gründe der Zustimmungsbehörde im Sinne des Widerspruchsführers, d.h. in Abweichung von der Entscheidung der Erlassbehörde, auszuüben. In den Ausnah-mefällen, in denen beide Akte gemeinsam den VA bilden 2), tritt dieses Problem nicht auf, da dort ja nur über einen VA entschieden wird, der keiner Zustimmung mehr bedarf, weil er sich notwendig aus beiden Mitwirkungsakten zusammensetzt.

2. Kapitel: Streitgenossenschaft, Beiladung

Um zu klären, in welcher prozeßrechtlichen Form Zustimmungs- und Erlass-behörde in einem späteren Prozeß beteiligt sind, muß davon ausgegangen werden, welche Rechtsstellung diesen Behörden allgemein in einem derartigen Verfahren zuerkannt wird. Die systematische Untersuchung in den letzten Abschnitten er-leichtert es jetzt, unter Zugrundelegung allgemeiner Prinzipien über Streitgenos-senschaft und Beiladung auch hier eine klare Entscheidung zu treffen.

In Frage kommt nur entweder eine Beteiligung in Form der Streitgenossen-schaft beider Behörden, oder es tritt eine Behörde als Partei auf, während die an-dere Behörde im Wege der Beiladung (§ 65 VwGO) in das Verfahren eingeführt wird, oder aber es nimmt nur eine Behörde am Verfahren als Partei teil, die ande-re bleibt unbeteiligt.

1) Beteiligung in Form der Streitgenossenschaft:

Voraussetzung für das Vorliegen einer Streitgenossenschaft ist gem. § 64 VwGO/ § 59 ZPO, daß mehrere Personen "hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechts-gemeinschaft stehen, oder wenn sie aus dem gleichen tatsächlichen oder recht-lichen Grund berechtigt oder verpflichtet sind". Streitgenossenschaft liegt m. a. W. also immer dann vor, "wenn in einem Prozeß in der gleichen Parteistellung

1) vergl. VI. Abschn. S.106 f

2) vergl. III. Abschn. S.58 f

mehrere Personen auftreten, etwa als Kläger oder Beklagte" 1). Beide Behörden sind also Partei im Verfahren, die Klage wird von beiden angestrengt, bzw. beide werden verklagt. Es handelt sich praktisch um eine Vereinigung mehrerer Einzelprozesse. 2) Der Ansicht, daß Erlaß- und Zustimmungsbehörde als Streitgenossen im Prozeß fungieren, ist zumindest im Falle des § 49 Abs. I KWG der BayVGH in seinem Urteil vom 5. 7. 1956 3). Von seinem Standpunkt - der VGH nimmt in diesem Urteil zwei getrennte Verwaltungsakte der Erlaß- und Zustimmungsbehörde an - ist diese Entscheidung wohl folgerichtig, denn dann sind die beiden Behörden als diejenigen, die dem Bürger gegenüber einen VA erlassen, auch Partei im Verwaltungsstreitverfahren.

Hier ist jedoch grundsätzlich davon auszugehen, daß nicht nur in dem angeführten Fall des § 49 Abs. I KWG, sondern in allen bisher untersuchten Fällen, nur ein VA der erlassenden Behörde vorliegt, und die zustimmende Behörde nur verwaltungsintern an diesen Akten beteiligt ist. Wenn nun Streitgenossenschaft nur im Fall der Parteistellung der im Verfahren auf einer Seite Beteiligten möglich ist, so ist damit automatisch auch entschieden, daß die Zustimmungsbehörde nicht als Partei und damit nicht als Streitgenosse am Verfahren teilnehmen kann 4). Diese Entscheidung gilt, wie wir gesehen haben, für alle im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Beispiele, da die Zustimmungsbehörde grundsätzlich keine VAe erläßt. Ausgenommen sind die Fälle, in denen, wie in § 5 Abs. II FVG, zwei Behörden gemeinsam den VA erlassen. Hier sind beide Behörden notwendigerweise Streitgenossen, da sie nur gemeinsam auftreten und somit auch Partei in einem späteren Verfahren sind.

- 2) Kann die Zustimmungsbehörde nicht als Partei und damit als Streitgenosse im Verfahren beteiligt werden 5), so bleibt noch die Möglichkeit, sie durch eine Beiladung gemäß § 65 VwGO in das Verfahren einzuführen. Die "Beiladung ist Zuziehung eines Dritten durch das Gericht in einem zwischen anderen Parteien anhängigen Rechtsstreit" 6). Eine Beteiligung kommt jedoch immer nur dann in Frage, wenn es sich um eine partei- und prozeßfähige Person handelt 7). Damit ist klar, daß eine Behörde mangels Rechtsfähigkeit nicht beige-laden werden kann 8). Diese Regelung gilt allerdings nur für die Länder Bayern,

1) Baumbach-Lauterbach Anm. 1 der Übersicht vor § 59 ZPO

2) vergl. auch Rosenberg S. 462 f

3) BayVB1 1956 S. 313

4) vergl. auch den Hinweis bei Kratzer BayVB1 1958 S. 75, der es allerdings bei einer Fragestellung bewenden läßt.

5) daß die Erlaßbehörde Partei ist, bedarf keiner Erläuterung

6) vergl. Eyermann-Fröhler S. 321 Anm. 1 und die dort zitierte Literatur

7) vergl. Eyermann-Fröhler S. 325 Anm. 18

8) vergl. Eyermann-Fröhler S. 325 Anm. 18, Forsthoff S. 374 ff, Rasch Verw. Arch 1959 S. 25, Körner BayVB1 1960 S. 114

Hessen und Württemberg-Baden. Für die Länder der ehemals britischen Zone vergl. § 41 der VO Nr. 165, wonach auch Behörden parteifähig sind. Auszuscheiden haben für eine Beiladung von vorneherein also alle Fälle, in denen ein Zusammenwirken zweier Staatsbehörden vorliegt 1), da hier vertretungsberechtigt der Staat selbst ist, und dieser ja schon als Partei am Verfahren teilnimmt 2). Möglich ist eine Beiladung nur in den Fällen, wo ein Zusammenwirken zwischen verschiedenen Körperschaften des öffentlichen Rechts (etwa Staat - Gemeinde in Selbstverwaltungsangelegenheiten, Landtag - Verwaltungsbehörde oder auch Universität - Staat) in Frage kommt. Damit ist bereits eine wesentliche Abgrenzung getroffen, die es erlaubt, in den meisten Fällen schon aus diesem Grunde eine Beteiligung am Verfahren in Form der Beiladung abzulehnen. Für die übrigen Fälle ist weiterhin Voraussetzung, daß ein rechtliches Interesse der Beizuladenden durch die Entscheidung berührt wird. Interessen wirtschaftlicher, ethischer, sozialer oder allgemein ideeller Art haben daher auszuscheiden 3). Die Zulässigkeit der Beiladung muß dabei davon abhängen, ob die Rechtskraft des künftigen Urteils, mag dem Klageantrag stattgegeben oder dieser abgewiesen werden, die Rechtsstellung des Dritten miterfaßt 4). In vielen Fällen wird es beträchtliche Schwierigkeiten bereiten zu entscheiden, ob die Rechtsstellung eines Dritten miterfaßt wird. Als Indiz dafür könnte vielfach ein im Gesetz verankertes Widerspruchsrecht (etwa im Fall des § 13 Abs. I ZHG) oder ein Zustimmungserfordernis (etwa im Fall des § 9 Abs. II FStrG) angesehen werden. Das allein genügt jedoch nicht. Wenn jemand, insbesondere aber eine Behörde, ein Widerspruchsrecht hat, so kann der Grund die Wahrung einer eigenen Rechtsstellung sein, muß es aber nicht. Gerade in den Fällen, in denen einer Behörde ein Widerspruchs- oder Zustimmungsrecht zusteht, soll in der Regel nicht in erster Linie eine Rechtsstellung dieser Behörde gewahrt werden, sondern es soll sichergestellt werden, daß bestimmte Anforderungen, etwa des modernen Verkehrs, der öffentlichen Gesundheit oder der öffentlichen Sicherheit im Interesse der Allgemeinheit gewahrt bleiben. Wenn aber diese Sorge Inhalt und Grundlage eines Mitwirkungsrechtes einer Behörde ist, dann wahrt diese Behörde damit nicht eine eigene Rechtsstellung, sondern die Interessen und Belange anderer. Sehr treffend hat dies Böhm 5) für den Fall des Anbaues an Bundesfernstraßen gemäß § 9 Abs. II FStrG ausgesprochen, wenn er sagt: "Die Straßenbaubehörde gehört nicht zu den Personen, deren rechtliche

1) z.B. Artikel XIV ZAG, § 9 Abs. II FStrG, § 57 Abs. IV GewO

2) vergl. auch Eyermann-Fröhler S. 325 Anm. 17

3) vergl. Eyermann-Fröhler S. 326 Anm. 19

4) vergl. Eyermann-Fröhler S. 326 mit Hinweis auf die Entscheidungen des OVG Münster vom 8. 11. 1949, DVBl 1950 S. 241 u. v. 17. 3. 1953, DVBl 1954 S. 30

5) Böhm DÖV 1958 S. 74

Interessen durch die Entscheidung berührt werden (§ 60 VGG). Die Behörde entscheidet über Interessen, sie selbst hat aber keine solchen, über die entschieden werden soll". Abgesehen davon, daß nach der hier vertretenen Auffassung die Möglichkeit der Beiladung schon daran scheitern würde, daß die beiden zusammenwirkenden Behörden im Falle des § 9 Abs. II FStrG dem gleichen Träger Staat angehören, die Landesstraßenbaubehörde demzufolge wegen mangelnder Partei- und Prozeßfähigkeit schon nicht beige-laden werden kann, ist der von Böhm erwähnte Grundsatz als Richtschnur für alle einschlägigen Bestimmungen zu nehmen. Auf den konkreten Fall angewendet, heißt das, daß etwa im Fall des § 13 Abs. I ZHG oder auch im Fall der Artikel 9 Abs. II BV, 8 Abs. II LKrO, 5 Abs. III Satz 1 und Abs. IV Satz 1 GO der Vertreter des Landtags nicht beige-laden werden kann. In keinem dieser Fälle wird die Rechtsstellung des Landtags berührt, dieser entscheidet immer über rechtliche Interessen Dritter, der Gemeinden oder Landkreise. Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß auch im Wege der Beiladung die mitwirkende Behörde normalerweise nicht in den verwaltungsgerichtlichen Prozeß eingeführt werden kann 1).

- 3) Daß dieses Ergebnis auch nicht zu falschen oder unpraktischen Ergebnissen führt, dafür mögen auch die folgenden Erwägungen sprechen. Tritt beim Zusammenwirken mehrerer Behörden eine Divergenz auf, d. h. verweigert etwa die Zustimmungsbehörde die Zustimmung zu einem von der Erlaßbehörde vorgesehenen VA und kommt dieser Fall im Wege der Anfechtungsklage vor die Verwaltungsgerichte, so bedarf es gar keiner formellen Beiladung der Zustimmungsbehörde, da, wie das BVerwG zutreffend für den Fall des § 49 KWG ausgeführt hat 2), das Gericht die Stellungnahme der Bankenaufsichtsbehörde im Rahmen des gegen die Kommunalaufsichtsbehörde angestrebten Rechtsstreites überprüft, und es nur auf die materielle Rechtslage ankommt. Die Entscheidung des Gerichts, das ja den gesamten Sachverhalt, einschließlich der der Zustimmung der Bankenaufsichtsbehörde zugrunde liegenden Voraussetzungen zu überprüfen hat, ersetzt in der Tat auch die Zustimmung der Mitwirkungsbehörde. 3)

3. Kapitel: Vornahmeklage gegen erlassende Behörde

Das VG Stuttgart ist in seinem Urteil vom 15. 5. 1956 4) der Auffassung, daß die Versagung eines mitwirkungsbedürftigen VAes bei Verweigerung der Mitwirkung nicht rechtswidrig und die ablehnende Behörde nicht zu einem Verhalten genötigt sein könne, das ihr intern untersagt sei. Diese Ansicht verkennt dabei, daß die Bindungswirkung einer Versagung der Zustimmung durch ein Verpflich-

1) dagegen: Eyermann-Fröhler S. 187 ohne Begründung

2) Entscheidung vom 10. 7. 1958 - I C 195/56 -, BayVBl 1959 S. 88

3) vergl. dazu insbesondere das nächste Kapitel

4) BBaubl 1957 S. 125. Vergl. auch Abschn. III S. 30 Anm. 3

tungsurteil beseitigt wird und trennt nicht scharf genug zwischen Innen- und Außenverhältnis 1). Gleiches muß von der Entscheidung des BayVGH vom 5.7.1956 2) gesagt werden, die ausführt, das VG werde durch die "Tatbestandswirkung" des Mitwirkungsaktes gebunden, weil dieser kein VA sei und der gerichtlichen Aufhebung daher nicht unterliege.

Richtiger Ansicht nach sind jedoch im Prozeß gegen die nach außen hin zuständige Behörde die Gerichte nicht an der Nachprüfung der Mitwirkungsakte gehindert. Eine solche Nachprüfung ist vielmehr ohne Rücksicht auf die Rechtsnatur des Mitwirkungsaktes zulässig und geboten, insbesondere darf nicht etwa ein Urteil unter der Bedingung einer bestimmten Mitwirkung ergehen. 3) Will ein Gericht über einen beantragten VA entscheiden, so muß es zur Nachprüfung aller seiner Voraussetzungen befugt und verpflichtet sein, muß also auch überprüfen können, ob die Voraussetzungen für eine Zustimmung gegeben sind. Hat infolgedessen auf eine Vornahmeklage hin sich das Gericht mit dem VA einer Behörde zu befassen, der noch der Zustimmung einer anderen Behörde bedarf, so kann das Gericht die Entscheidung über die Vornahme des VAes unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, also auch der Tatsachen, die für oder gegen die Zustimmung der anderen Behörde sprechen, fällen. Es bedarf insoweit dann nicht mehr der Zustimmung der zur Mitwirkung berechtigten Behörde. Das Erfordernis der Zustimmung ist nicht um seiner selbst willen, sondern im Interesse einer einheitlichen Handhabung des Gesetzes geschaffen worden. So hat das Bundesverwaltungsgericht 4) ausgeführt, daß es für die Entscheidung über den Zulassungsanspruch im Sinn des § 49 KWG nur auf die materielle Rechtslage ankomme, die vom Gericht zu überprüfen sei. Im Rahmen dieser Untersuchung habe das Gericht auch zu prüfen, ob die Bankenaufsichtsbehörde bei der Entscheidung beteiligt worden ist, und ob die von ihr erhobenen Einwände gerechtfertigt sind. Ebenso scheinen Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler 5) die Mitwirkungsakte für nachprüfbar zu halten. Nach Auffassung dieses Kommentars kann das Verwaltungsgericht die Möglichkeit des § 57 Abs. 4 GewO a. F. bei der Nachprüfung des Wandergewerbescheins berücksichtigen, weil es eine Rechtsfrage sei, ob eine unbillige Härte vorliege.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß in den Fällen, die bei einer Vornah-

1) So auch Heinze Verw. Arch. 1961 S. 300

2) BayVBl 1956 S. 313. Vergl. auch III. Abschn. S. 31

3) So OVG Lüneburg v. 25.7.1957, OVG Bd. 13 S. 385 ff; OVG Hamburg v. 27.5.1960, DVBl 1960 S. 643 ff; Stecher DÖV 1960 S. 377; Heinze Verw. Arch. 1961 S. 229.

A. A.: OVG Münster v. 8.9.1953, NJW 1954 S. 526; VGH Stuttgart v. 28.10.1958, Bad. Württ. VBl 1959 S. 73 f; Obermayer DVBl 1958 S. 141; Thuncke DVBl 1950 S. 521

4) Urteil v. 10.7.1958, BayVBl 1959 S. 88

5) Landmann-Rohmer § 57 Anm. 9

meklage auf Erlaß eines VAes noch der Zustimmung einer anderen Behörde bedürfen, die Voraussetzungen dieser Zustimmung vom Gericht überprüft werden können. Mit dieser Überprüfung durch ein unabhängiges Gericht, die die gesamte materielle Rechtslage umfaßt, besteht kein Bedürfnis mehr für die Mitwirkung einer anderen Behörde.

§ 38: Kostenrechtliche Frage

Das eben behandelte Problem der Beteiligungsform der Zustimmungsbehörde im Verwaltungsstreitverfahren wirft auch eine kostenrechtliche Frage auf. Wie ist hinsichtlich der Kosten zu entscheiden, wenn die Genehmigungsbehörde (Erlaßbehörde) im Rechtsstreit erklärt, sie habe genehmigen wollen, sei aber durch die verweigerte Zustimmung der Mitwirkungsbehörde daran gehindert worden? 1) Geht man von dem Ergebnis des letzten Abschnitts aus, so müssen in logischer Weiterentwicklung der dort herausgearbeiteten Gedanken alle Kosten im Falle des Unterliegens der Partei auferlegt werden, der die Behörde angehört, die den VA erlassen hat. Denn die Zustimmungsbehörde ist nicht an dem Verfahren beteiligt, kann daher auch nicht mit Kosten daraus belastet werden. Dieses Ergebnis wirkt sich in den Fällen in der Praxis nicht allzu problematisch aus, in denen Zustimmungs- und Erlaßbehörde der gleichen öffentlich-rechtlichen Körperschaft, also in der überwiegenden Anzahl der Fälle dem Staat angehören. Dann bleiben ja die Kosten dem Staat als Partei auf jeden Fall, ganz gleich, wer nun an dem Unterliegen die Schuld trägt.

Schwierig und problematisch erscheint jedoch eine derartige Entscheidung, wenn bei einem VA einer Gemeinde auf dem Gebiet des Selbstverwaltungsrechts die Staatsbehörde die erforderliche Genehmigung nicht erteilt. Auch hier ist Partei im Verfahren Bürger - Gemeinde nur die Gemeinde. Kosten des Unterliegens hat die Gemeinde zu tragen. Das erscheint im ersten Augenblick unbillig für die Fälle, wo die "Schuld am Unterliegen" bei der Staatsbehörde, also einem völlig selbstständigen Rechtssubjekt liegt. Im Prinzip wäre dieses Ergebnis auch unbillig und entspräche nicht den allgemeinen prozeßrechtlichen und verfassungsrechtlichen Prinzipien.

Diese Gefahr tritt jedoch in der Praxis deshalb nicht auf, weil die Fälle, in denen die nach außen auftretende Behörde im vollen Umfang an die Entscheidung der weisenden Behörde gebunden ist, als verfassungswidrig und daher nichtig angesehen werden müssen 2). In allen anderen Fällen jedoch entscheidet die Behörde, die dem Bürger gegenübertritt, tatsächlich selbst über den in Frage stehenden Fall, wenn sie auch in dem einen oder anderen Punkt an die Stellungnah-

1) in den Fällen, in denen eine Bindung der Genehmigungsbehörde an die Entscheidung der Zustimmungsbehörde bejaht wurde.

2) vergl. VI. Abschn. S. 98 ff

me der Mitwirkungsbehörde gebunden ist. Damit aber besteht kein Bedürfnis mehr, der weisenden Behörde im Falle des Unterliegens der angewiesenen Behörde im Prozeß irgendwelche Kosten aufzuerlegen, denn dann liegt sowohl dem Bürger gegenüber als auch im Innenverhältnis tatsächlich nur die Entscheidung der prozeßführenden Behörde vor, die dann als unterliegender Teil auch die Kosten zu tragen hat.

LEBENS LAUF

Am 3.4.1935 wurde ich als erstes Kind des jetzigen Senatspräsidenten am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof Dr. Sebastian Heitzer und seiner Ehefrau Paula, geb. Knoll, in München geboren. Die ersten acht Jahre meines Lebens verbrachte ich in Pfaffenhofen, Dachau und München. Die Volksschule besuchte ich von 1941 bis 1945 in München, Laufen bei Freilassing und Feldkirchen bei Bad Aibling. Nachdem ich die ersten vier Jahre nach Kriegsende bei den "Regensburger Domspatzen" im Domgymnasium zu Regensburg verbracht hatte, kam ich 1949 an das Theresiengymnasium nach München, wo ich auch 1954 die Reifeprüfung ablegte. Im Wintersemester 1954/55 immatrikulierte ich mich an der Universität München. Dort legte ich nach achtsemestrigem Studium der Rechtswissenschaft das erste juristische Staatsexamen mit Erfolg ab. Anschließend studierte ich weitere zwei Semester Rechtswissenschaft an der Universität Mainz. Dort bestand ich am 20.12.1961 die mündliche Doktorprüfung. Zur Zeit bin ich als Rechtsreferendar in München tätig.



